



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXI
PRIMER TRIMESTRE
SEGUNDA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1993

RELATORES: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

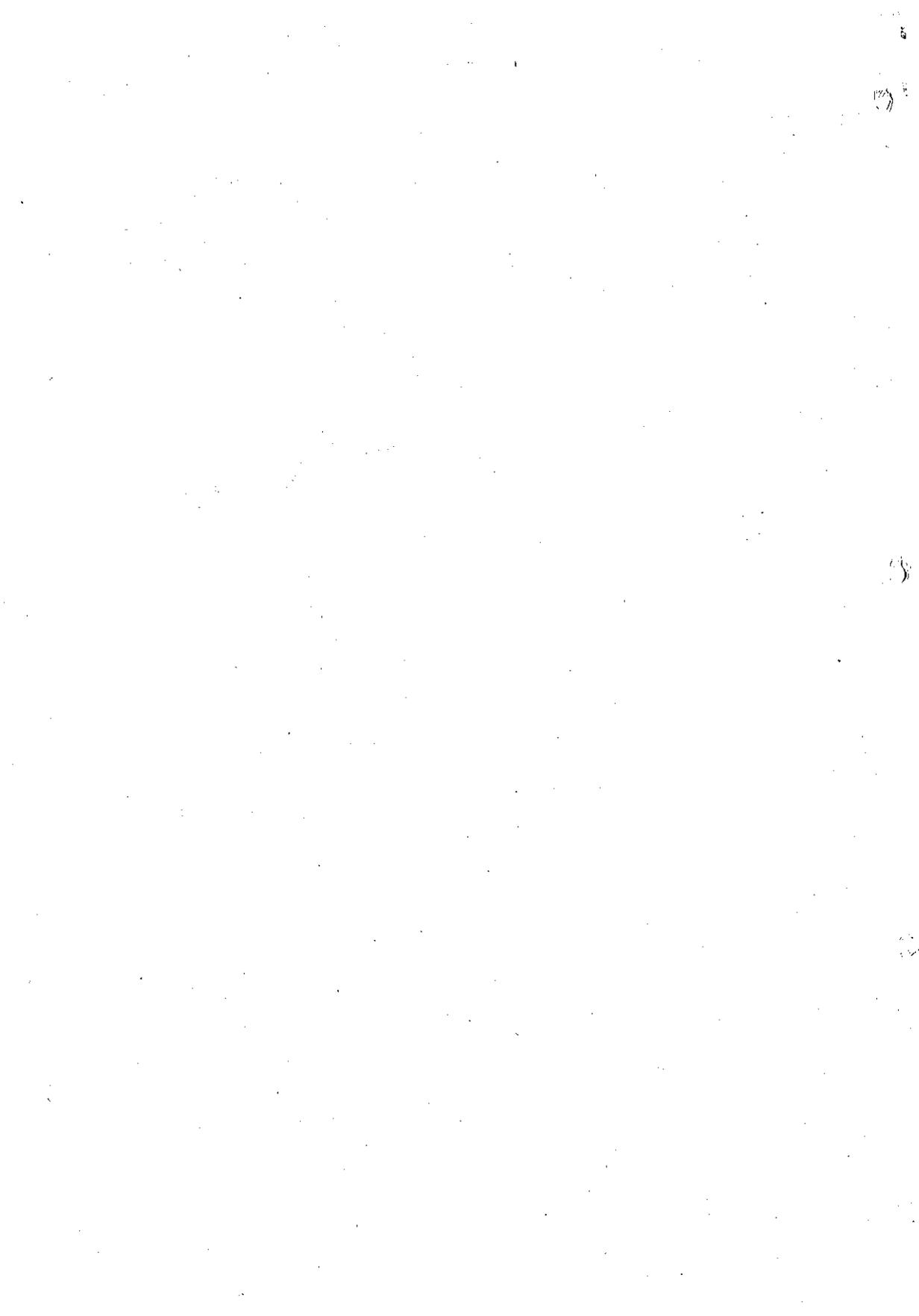
**ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO**

TOMO CXXXI

PRIMER TRIMESTRE DE 1993

SEGUNDA PARTE

**RELADORES: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH**



CONSEJO DE ESTADO
CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
PRIMER TRIMESTRE DE 1993
PRIMERA PARTE

Presidente

Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente

Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO

Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Secretaria: Dra. Katerine Karakalpakis Calderón

SECCION SEGUNDA

Dr. DIEGO YOUNES MORENO

Presidente

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA

Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Secretaria: Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. JUAN DE DIOS MONTES MARTINEZ

Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Secretaria: Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. JAIME ABELLA ZARATE

Presidente

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS

Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

Secretario: Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

Presidente

Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO

Secretario: Dr. Octavo Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. HUMBERTO MORA OSEJO

Presidente

Dr. JAVIER HENAO HIDRON

Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS

Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Secretaria: Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

1a. Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE

2a. Dra. EDNA COHEN DAZA

3a. Dr. JAIME OSSA ARBELAEZ

4a. Dr. JAIRO MAYA BETANCOURTH

5a. Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ

6a. Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO

7a. y 8a. Dra. LUZ STELLA PEÑA DE MENDEZ

9a. Dra. INES HURTADO CUBIDES

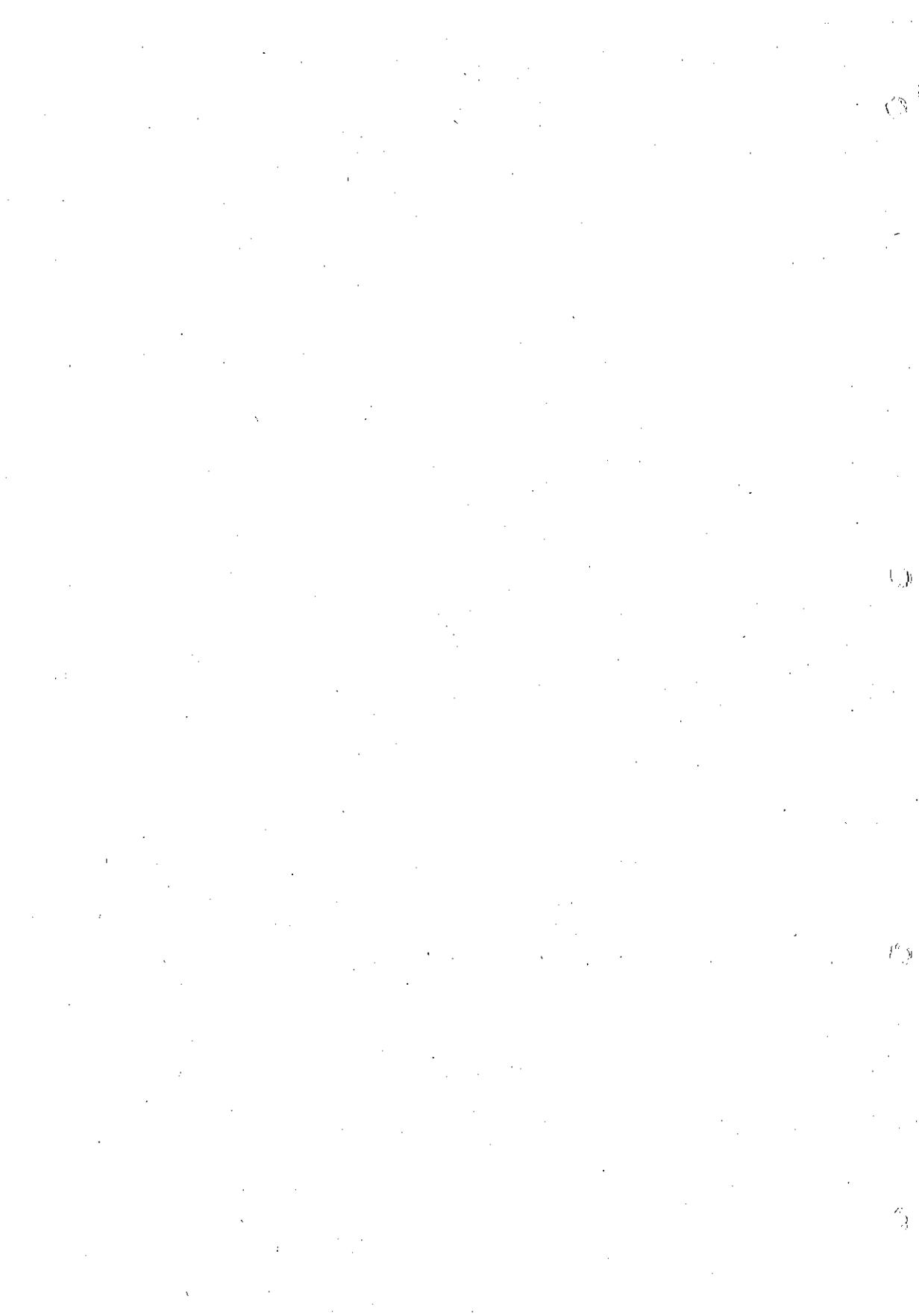
10a. Dr. FERNANDO OSPINA HENAO

RELATORES

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH

SECCION TERCERA



FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/FALLA DEL SERVICIO DE VIGILANCIA

No consistió la falla del servicio en la ausencia de vigilancia policiva, sino en la deficiente atención de sus obligaciones del personal del hospital al permitir el ingreso de quien cometió el crimen, por desatención e incumplimiento de las más elementales normas de precaución, custodia y vigilancia del paciente. Si se hacía necesario, ha podido la Dirección del Hospital, solicitar vigilancia policiva para en esa forma responder y cumplir mejor el compromiso de protección y conservación de la vida e integridad de quienes en situaciones especiales se entregan al cuidado y atención del respectivo centro hospitalario con la confianza de que una vez recuperados puedan abandonar en buenas condiciones las instalaciones del hospital. En el sub lite fue ostensible el irregular funcionamiento de los sistemas de vigilancia, seguridad y control del hospital.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 21 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7435.

Demandado: La Nación - Ministerio de Salud, Departamento de Sucre.

Actora: María Rosalba Arbeláez de Rivera.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 25 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

SECCION TERCERA

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 16 de noviembre de 1990, ante el Tribunal Administrativo de Sucre, en ejercicio de la acción de reparación directa, la señora María Rosalba Arbeláez de Rivera en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Haward Dellow y Darwin Dysson Rivera Arbeláez, formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Salud y Departamento de Sucre, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. La Nación - Ministerio de Salud y el Departamento de Sucre - Hospital Regional de Sincelejo, son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a María Rosalba Arbeláez de Rivera y a sus hijos menores de edad Haward Delow y Darwin Dysson Rivera Arbeláez, por el atentado en que perdiera la vida su esposo y padre Santiago Rivera, hecho ocurrido en el hospital Regional de Sincelejo, el día 15 de agosto de 1990.

"1.1 Condénase a la Nación - Ministerio de Salud y al Departamento de Sucre - Servicio Seccional de Salud - Hospital Regional de Sincelejo a pagar solidariamente:

A. A María Rosalba Arbeláez de Rivera y además a Haward Dellow y Darwin Dysson Arbeláez.

"1.1.1 Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sume, desde la fecha de su causación y hasta la fijación de la indemnización), en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso.

"Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor desde el día de la muerte de Santiago Rivera y hasta el día de la sentencia concreta.

"1.1.2 Si en los autos no hubiere bases suficientes para hacer la tasación del daño emergente y del lucro cesante, el Tribunal fijará los perjuicios materiales que se le deben, en cuatro mil gramos de oro fino de la fecha de la sentencia, según el artículo 107 del Código Penal.

"B. A los mismos demandantes.

“1.1.3 Daños morales, a cada uno de ellos, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino o el máximo que la jurisprudencia del Consejo de Estado conceda.

“1.1.4 Gastos del proceso, e

“1.1.5 Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia y hasta la de su efectivo cumplimiento.

“De todas maneras se ordenará en la sentencia que todo pago que haga la Nación - Ministerio de Salud y el Departamento de Sucre - Servicio Seccional de Sucre - Hospital Regional de Sincelejo, se imputará a intereses.

“1.1.6 La Nación - Ministerio de Salud y el Departamento de Sucre - Servicio Seccional de Salud de Sucre - Hospital Regional de Sincelejo darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su ejecutoria”.

2. Los hechos

Los fundamentos fácticos de la demanda se reducen, en síntesis a lo siguiente:

El 4 de agosto de 1990 el señor Santiago Rivera fue gravemente lesionado por disparos de arma de fuego, por lo que se hizo necesario intervenirlo en el Hospital Regional de Sincelejo, en donde se mantenía en recuperación. El 15 de agosto, unos desconocidos penetraron a la habitación donde se encontraba el herido, amenazaron y amordazaron a una familiar que lo acompañaba y “procedieron inmediatamente a darle muerte al señor Santiago Rivera atacándolo a cuchilladas y estrangulándolo, para luego desaparecer del hospital sin que ninguna persona adscrita al tercer piso notara algo anormal”. Lo sucedido, se dice en la demanda, “se debió al consenso de fallas de la Administración Nacional - Ministerio de Salud y Departamental - Servicio Seccional de Salud de Sucre - Hospital Regional de Sincelejo, comprometidas ambas administraciones, por expreso mandato de la ley en una eficiente, satisfactoria, oportuna e integral prestación del servicio de salud a todos los ciudadanos colombianos que asistan a los hospitales del país en busca de ser atendidos y restablecidos en su salud”.

SECCION TERCERA

3. Actuación procesal

Del auto admisorio de la demanda fue notificada por aviso la Gobernadora del Departamento de Sucre, quien designó su correspondiente apoderado. Esta, sin embargo, no adelantó gestión profesional alguna en representación de los entes oficiales demandados. Una vez practicadas las pruebas solicitadas por la actora, se brindó la oportunidad para alegar de conclusión a las partes y para que conceptuara de fondo el Ministerio Público. Aquellas guardaron silencio y el Fiscal Primero del Tribunal consideró “que la falta o falla de la administración en este caso no se halla establecida en forma suficientemente clara como para que las pretensiones de la demanda puedan ser acogidas”, por lo que solicita un fallo desfavorable a la actora.

4. La sentencia apelada

Para denegar las súplicas de la demanda, consideró el Tribunal “que el daño se produjo por falla en el servicio de vigilancia, sólo imputable a las autoridades encargadas de prestarlo que son, como se dijo, las de policía”.

Razonó el *a quo* en el sentido de atribuir a los entes demandados exclusivamente obligaciones relacionadas o inherentes al servicio de salud descartando la posibilidad de condenar a la Policía Nacional “por cuanto ni se demandó y menos se demostró que por falla atribuible a esa entidad, se hubiese producido el daño reclamado...”.

Dos de los magistrados aclararon su voto en el sentido de considerar que a los hospitales no les corresponde “asumir funciones fuera de su marco institucional y organizativo, como son las asignadas a la Policía Nacional”, con mayor razón ante la carencia de recursos para proveer a un sistema propio de vigilancia armada.

5. Razones de la apelación

El impugnante concreta su inconformidad con el fallo recurrido al sostener que “lo que aquí se discute, a nuestro modo de ver, no es que el Hospital no pueda proporcionar un servicio de policía sino que, por el contrario, los medios de control, vigilancia y seguridad que posee, funcionaron deficientemente en todos sus niveles y permitieron que unos asesinos acabaran con la vida de un paciente, hecho que está debidamente demostrado con base en el recaudo probatorio que obra en el expediente”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se trata de determinar en el caso examinado si la decisión impugnada que negó la responsabilidad administrativa de la Nación - Ministerio de Salud y del

Departamento de Sucre - Servicio Seccional de Salud - Hospital Regional de Sincelejo, debe confirmarse o, si por el contrario, hay lugar a revocar el fallo recurrido para acceder a las pretensiones de los demandantes encaminadas a que se declare la responsabilidad de la administración por el deceso violento de que fue víctima el señor Santiago Rivera cuando se encontraba hospitalizado en el Hospital Regional de Sincelejo por causa de unas lesiones ocasionadas con arma de fuego el 4 de agosto de 1990.

De acuerdo con la copia de la Historia Clínica número 138946 del Hospital Regional de Sincelejo, Santiago Rivera Vergara fue hospitalizado el 4 de agosto de 1990, en la habitación 305, cama número 1, como pensionado, por herida “penetrante a tórax”, “lesión medular” y sometido a una taracostomía (fls. 70-71, cdno. 2).

Conforme a la versión testimonial de Mariela Arbeláez Arias, cuñada del occiso, cuando se encontraba acompañándolo en su habitación sintió que le colocaban “un trapo en la cara y ahí me pusieron un revólver porque sentí y uno de los tipos me pasó así a ultrajarme y me dijo no hagas ningún intento porque te mato... me amarraron, me amordazaron y en ningún momento me dejaron destapar los ojos y me metieron a un closet... Al ver que pasaba un rato y no sentía bulla, ni sentía nada, yo como pude me recosté contra la pared y empecé a darme (sic) codazos a la pared y a la punta del closet hacía por gritar... Me acuerdo que a mucho rato ya sentí unas voces que le daban a la puerta... en ese momento entraron varias enfermeras, entonces una de las enfermeras me dijo en ese instante: se acuerda que yo le había dicho que esto iba a suceder porque hacían (sic) tres noches o cuatro noches a eso de las 9 y quince o 9 y 30 de la noche habían entrado dos tipos y estaban caminando por el pasillo y una de las enfermeras me dijo que eran tipos sospechosos... Ahí a de horas (sic) entran tipos entran por el pasillo... y entra gente a cualquier hora, entra gente a horas que no son de visita entra mucha gente... Era la 1 y 10 porque yo miré el reloj... Nunca hubo vigilancia...” (fls. 49 a 51, c. 2).

Denis María Mier Ospino relata que ante la imposibilidad de entrar a la habitación de la víctima porque nadie abría la puerta, cuando logró hacerlo abrió el closet y sacó a Mariela Arbeláez Arias. “Más o menos eran las dos menos veinte cuando llegué a la puerta y demoraron para abrir como diez minutos...”. Manifiesta que no le exigieron ningún tipo de identificación y que en su recorrido por el pasillo hacia la habitación 305 no encontró personal alguno del hospital, como no vio tampoco durante el tiempo que permaneció frente a la puerta a espera de que le abrieran (fls. 52-53, c. 2).

SECCION TERCERA

Consideró el *a quo* que “el daño se produjo por falla en el servicio de vigilancia, sólo imputable a las autoridades encargadas de prestarlo que son, como se dijo, las de policía”, y como esta entidad no fue la demandada no resultaría viable condenarla, cuando, además, no se demostró que hubiese incurrido en una falla del servicio. De igual manera descarta la responsabilidad de los entes demandados por cuanto a éstos les corresponde prestar el servicio de salud y en el mismo no se presentó falla o falta de ninguna naturaleza.

No comparte la Sala los razonamientos del Tribunal al reducir el planteamiento de la controversia a una falla en la prestación del servicio de vigilancia por parte de la Policía Nacional. La solución en este caso no puede ser tan simplista, ni limitada, por cuanto desde el momento mismo del ingreso del paciente al hospital, este centro adquiere diversos compromisos y obligaciones frente al usuario. Deberá además de realizar las diligencias y procedimientos inherentes a la recuperación del enfermo, suministrarle techo y alojamiento, auxilios médico-quirúrgicos, tranquilidad, condiciones ambientales adecuadas y en casos especiales para poder cumplir sus obligaciones hacia el paciente o pariente, deberá tomar también algunas medidas especiales, por ejemplo: en la atención y custodia de un menor; en los tratamientos de personas mentalmente afectadas; en aquellos casos en los que por su propia naturaleza implican algún riesgo personal del paciente, etc., situaciones en las que la administración del establecimiento hospitalario deberá extremar las medidas de control protección, atención y vigilancia de estos pacientes, sin que ello implique la necesidad de integrar un cuerpo armado para la custodia de cada centro hospitalario oficial.

Se trata de que frente a este tipo de situaciones la persona que sea internada en un hospital público cuente con las más elementales medidas de seguridad, que permitan evitar situaciones como la que originó el *sub judice* o como la relacionada en el caso de secuestro de una menor en el mismo Hospital Regional de Sincelejo, relatado en aclaración de voto que hicieron dos magistrados.

De la prueba testimonial recaudada deduce la Sala que sí se presentó una falta del servicio a cargo del Hospital Regional de Sincelejo. Al parecer los controles reglamentarios para vigilar el ingreso y salida de personal ajeno al del centro hospitalario, sólo existe en las normas de reglamento, pero no tiene la debida aplicación en la práctica. De ahí que en el proceso se mencione la ausencia de personal oportuno durante la emergencia, se evidencie la falta de control y atención que permitió atar y encerrar a la acompañante de la víctima sin que nadie del hospital se diera cuenta de lo sucedido, sin contar con la

demora en obtener el ingreso a la habitación para rescatar a la acompañante y para hallar muerto al enfermo.

Quien o quienes asesinaron a Santiago Rivera Vergara ingresaron armados al hospital, lo hicieron por fuera de las horas de visita, sin contar con la autorización de la Dirección del Hospital que para estos casos exige el artículo 32, numeral 8, de la Resolución número 001227 de 1977 dictada por el Director del Hospital Regional de Sincelejo.

No consistió entonces la falla del servicio en la ausencia de vigilancia policiva como lo entendió el *a quo*, sino en la deficiente atención de sus obligaciones del personal del hospital al permitir el ingreso, permanencia y salida de quien ultimó a Santiago Rivera por desatención e incumplimiento de las más elementales normas de precaución, custodia y vigilancia del paciente, destacadas por quienes directa o indirectamente estuvieron en el momento y lugar de los hechos.

Cabe agregar cómo, si se hacía necesario, ha podido la Dirección del Hospital, solicitar vigilancia policiva para en esa forma responder y cumplir mejor el compromiso de protección y conservación de la vida e integridad de quienes en situaciones especiales se entregan al cuidado y atención del respectivo centro hospitalario con la confianza de que una vez recuperados puedan abandonar en buenas condiciones las instalaciones del hospital.

Se concluye, pues, que en el caso analizado fue ostensible el irregular funcionamiento de los sistemas de vigilancia, seguridad y control del Hospital Regional de Sincelejo, lo que permitió o facilitó la tarea criminal de quienes ultimaron a la víctima. En ese deficiente servicio radica la falla del mismo.

Ahora bien, la advertida falla en el servicio permitió que Santiago Rivera fuera asesinado, que se hubiera causado el daño, estableciéndose entre éste y aquélla el nexo de causalidad, para configurar así la responsabilidad administrativa a cargo de los entes demandados.

Como consecuencia de esa declaración de responsabilidad, hay lugar a la indemnización de los perjuicios ocasionados a los demandantes, los cuales se tasan de la siguiente manera:

Como indemnización por perjuicios morales a la esposa y a los hijos del occiso, cuyas calidades se demuestran con los documentales de folios 15, 18 y 19, se reconocerá a cada uno el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino.

SECCION TERCERA

Para liquidar los perjuicios materiales, se hace necesario establecer el monto mensual de los ingresos de la víctima. En el proceso, testimonialmente se calculan entradas por valor de \$420.000 mensuales, como resultado de la negociación de productos reciclables. Para la Sala, los valores expresados por los testigos no le ofrecen credibilidad ni certeza suficiente por cuanto que, dada su cuantía, y la naturaleza empresarial del principal adquirente de los productos, la comprobación económica era susceptible de respaldarla contable y documentalmente, presentando además las declaraciones de renta respectivas, como indicio que respaldara aún más la prueba de los ingresos de Santiago Rivera.

En tales condiciones, frente a esa deficiencia probatoria, la Sala acudirá al salario mínimo legal vigente en agosto de 1990, para efectos de calcular el monto indemnizatorio.

Daño emergente

Reclama la parte actora el pago de \$200.000 por concepto de gastos realizados para el entierro del occiso, con base en la factura visible al folio 23 del cuaderno principal cuya firma fue autenticada ante la Notaría Segunda de Sincelejo. Sin embargo, no hay lugar al reconocimiento impetrado, por cuanto el documento referido no fue ratificado legalmente y, por consiguiente, carece de la eficacia probatoria requerida para demostrar la obligación (arts. 252 y 277 del C. de P. C.).

Lucro cesante

Para calcular la base económica sobre la cual se liquidará la indemnización a cada demandante, se tendrá en cuenta el salario mínimo legal vigente en agosto de 1990, el cual, según el Decreto 3000 de 1989 era de \$41.025. Este valor se actualizará con base en los índices de precios al consumidor vigentes en el mes anotado y en enero de 1993. Para hacerlo se utiliza la fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

$$V_p = 41.025 \frac{264.04}{152.64} = 71.207.83$$

Del valor de los ingresos se deduce un 25% (\$17.801.95) que supuestamente el occiso destinaba a sus gastos personales. El 75% (\$53.405.87) se divide en dos partes, la mitad (\$26.702.93) para la cónyuge superviviente y la otra mitad para los dos hijos, correspondiéndole a cada uno, la suma de \$13.351.46.

Se tomará como período indemnizatorio de la cónyuge el término de vida probable del occiso, quien nació el 8 de febrero de 1956 (fl. 46) y al momento de su muerte contaba con 34 años, 6 meses, 7 días de edad y le correspondía un término de vida probable de 40.51 años o 486.12 meses, de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad acogida por la Superintendencia Bancaria. Para los hijos se tomará como período indemnizatorio el arribo, a su mayoría de edad. En el caso de Haward Dellow Rivera Arbeláez, cumplirá 18 años el 19 de abril de 1998 y el lapso indemnizatorio será de 92 meses. Su hermano Darwin Dyson Rivera Arbeláez nacido el 9 de enero de 1983, llegará a su mayoría de edad el 9 de enero del año 2001 y le corresponde un período indemnizatorio de 124.7 meses.

INDEMNIZACION DEBIDA

Comprende desde la fecha del hecho hasta la sentencia, es decir, un lapso de 29 meses, y se aplica la fórmula:

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

donde S, es la suma buscada; Ra, la renta actualizada; i, es el interés técnico mensual y n, el número de meses por indemnizar.

Para María Rosalba Arbeláez Arias

$$S = 26.702.93 \frac{(1 + 0.004867)^{29} - 1}{0.004867} = 829.536.21$$

Valor de la indemnización debida para la cónyuge sobreviviente: \$829.536.21.

Para Haward Dellow y Darwin Dyson Rivera Arbeláez

Les corresponde a cada uno la mitad del valor liquidado a su progenitora, es decir, la suma de \$414.768.10.

SECCION TERCERA

Indemnización futura

Para María Rosalba Arbeláez Arias

Comprende desde la sentencia hasta el vencimiento del término de vida probable del occiso, es decir, 453.6 meses. Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}; \text{ cuyos componentes ya fueron explicados.}$$

$$S = 26.702.93 \frac{(1 + 0.004867)^{453.6} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{453.6}} = \$4.880.009.50$$

Valor de la indemnización futura: \$4,880,009.50

Para Haward Dellow Rivera Arbeláez

Se utiliza la misma fórmula de la progenitora

$$S = 13.351.46 \frac{(1 + 0.004867)^{124.7} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{124.7}} = 988.260.68$$

Valor de la indemnización futura: \$988,260.68

Para Darwin Dysson Rivera Arbeláez

Se aplica la misma fórmula de su progenitora.

$$S = 13.351.46 \frac{(1 + 0.004867)^{124.7} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{124.7}} = 1.245.900.29$$

Valor de la indemnización futura: \$1,245,900.29

Resumen:

a) María Rosalba Arbeláez Arias

Indemnización debida	\$829.536.21
Indemnización futura	4.880.009.50
	<hr/>
Suma	\$5.709.545.71

b) Haward Dellow Rivera Arbeláez	
Indemnización debida	\$414.768.10
Indemnización futura	988.260.68
	<hr/>
Suma	\$1.403.028.78

c) Darwin Dysson Rivera Arbeláez	
Indemnización debida	\$414.768.10
Indemnización futura	1.245.900.29
	<hr/>
Suma	\$1.660.668.39

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

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia recurrida, esto es, la de 25 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Segundo. Declárase administrativa y solidariamente responsable, a la Nación-Ministerio de Salud y al Departamento de Sucre-Servicio Seccional-Hospital Regional de Sincelejo, por la muerte del señor Santiago Rivera Vergara, ocurrida el 15 de agosto de 1990 en el Hospital Regional de Sincelejo.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, condénanse a la Nación - Ministerio de Salud y al Departamento de Sucre-Servicio Seccional de Salud-Hospital Regional de Sincelejo a pagar solidariamente:

a) Por concepto de indemnización por perjuicios morales: a María Rosalba Arbeláez Arias, Haward Dellow y Darwin Dysson Rivera Arbeláez o a quien sus derechos represente, el equivalente en pesos a mil (1000) gramos de oro fino, para cada una de estas personas.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de este fallo y los interesados acompañarán la certificación junto con la respectiva cuenta de cobro;

SECCION TERCERA

b) Por concepto de indemnización por perjuicios materiales: a María Rosalba Arbeláez Arias, la suma de cinco millones setecientos nueve mil quinientos cuarenta y cinco pesos con 71/100 (\$5.709.545.71) moneda legal; a Haward Dellow Rivera Arbeláez o a quien sus derechos represente, la suma de un millón cuatrocientos tres mil veintiocho pesos con 78/100 (\$1.403.028.78) moneda legal, y a Darwin Dyson Rivera Arbeláez, o a quien sus derechos represente, la suma de un millón seiscientos sesenta mil seiscientos sesenta y ocho pesos con 39/100 (\$1.660.668.39) moneda legal.

Cuarto. Deniéganse las demás pretensiones.

Quinto. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirán copias de esta sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las prevenciones pertinentes contenidas en el artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE PRISIONES / FALLA DEL SERVICIO DE VIGILANCIA / DAÑO ANTIJURIDICO

Las autoridades debían protección y seguridad al prisionero, en su integridad corporal y mental. En otros términos, por encontrarse “a buen recaudo” de las autoridades de prisión, estas debían custodiarle y cuidarle para mantenerle en las mismas condiciones sico físicas que presentaba el detenido al momento de la privación de la libertad. Cualquier daño en la salud que llegasen a presentar las personas privadas de su libertad, por acción u omisión de las autoridades que las vigilan y controlan, se adecua al concepto genérico de falla de la administración y por consiguiente surge la obligación de indemnizarlas; desde luego que se presenta un daño antijurídico de los previstos por el art. 90 de la Carta Política. La guardia no tomó las precauciones necesarias para desplazar al recluso de un lugar a otro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 21 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7725

Demandada: La Nación - Ministerio de Justicia Dirección General de Prisiones.

Actores: Denis Mejía Varela y otro.

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 27 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira la cual dispuso:

“Declarase a la Nación Colombiana - Ministerio de Justicia - Dirección General de Prisiones, administrativamente responsable de la muerte del señor Isidro Brito Mejía, en los hechos ocurridos el día 30 de junio de

SECCION TERCERA

1988, cuando sin seguridad ni protección era conducido a la cárcel del Distrito de Riohacha, siendo ultimado por desconocidos.

“Como consecuencia, condénase en concreto a la Nación Colombiana-Ministerio de Justicia-Dirección General de Prisiones a pagar por concepto de perjuicios morales lo siguiente:

“- A la señora Denis Mejía Varela madre natural de la víctima con cédula de ciudadanía número 26.662.133 de Santa Marta, la suma de dinero equivalente a mil (1.000) gramos de oro, acorde con el precio certificado por el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

“Al hermano materno Olmer Rafael Ibarra Mejía, con cédula de ciudadanía número 84.033.891 de Riohacha, la suma equivalente a trescientos (300) gramos de oro, al precio certificado por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

“3. Las cantidades por las cuales se eleva a este fallo, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria y moratorios luego.

“4. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

“5. A este fallo se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.” (fls. 109 a 117).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. *La demanda*

1. Los señores Denis Mejía Varela y Olmer Ibarra Mejía, mayores de edad, vecinos de Palomino, corregimiento del municipio de Riohacha, por medio de apoderado formularon demanda, el 29 de junio de 1990, contra la Nación Colombiana - Ministerio de Justicia - Dirección General de Prisiones por la muerte del señor Isidro Brito Mejía, a fin de que se le declare administrativamente responsable por la totalidad de los perjuicios sufridos, tanto el daño emergente como el lucro cesante, más los intereses compensatorios desde la fecha de la producción del perjuicio, hasta la fijación de la indemnización en la cuantía que se demuestre.

La muerte del señor Isidro Brito Mejía ocurrió en Riohacha, el día 30 de junio de 1988, cuando sin seguridad, ni protección, se le conducía a la Cárcel del Distrito de Riohacha, por varios guardianes.

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene la Nación - Ministerio de Justicia - Dirección General de Prisiones a pagar a

Denis Mejía Varela, quien actúa en su propio nombre como madre del occiso y a Olmer Ibarra Mejía, quien actúa en su propio nombre y como hermano materno, al valor tanto de los perjuicios morales como materiales, irrogados con ocasión de la muerte de su hijo y hermano, respectivamente.

3. Igualmente en la demanda se solicita que sobre el monto de la condena se ordene liquidar y pagar a favor de la parte actora intereses comerciales y moratorios, así como dar cumplimiento a la respectiva sentencia de conformidad y dentro de los términos previstos en los artículos 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

4. Que subsidiariamente se liquiden los perjuicios conforme al procedimiento señalado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

2. *Fundamentos de hecho*

Se resume lo que al respecto dice la demanda:

1. El señor Isidro Brito Mejía, se encontraba recluido en la Cárcel del Distrito de Riohacha, el día 30 de junio de 1988; aproximadamente a las 5 de la tarde, era trasladado al centro carcelario, conducido por varios guardianes a pie, después de rendir indagatoria en el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Riohacha por un sector desolado y sin la protección suficiente, cuando fue asesinado en forma violenta y con varios disparos de arma de fuego.

2. Los hechos ocurrieron entre las calles 1ª y 2ª del perímetro urbano de Riohacha.

3. Desconocidos interceptaron al recluso y en presencia de los guardianes le causaron varias heridas produciéndole la muerte.

4. Los disparos causaron trauma craneoencefálico y anemia aguda desencadenando la muerte.

5. El occiso era interno de la cárcel judicial desde el 27 de junio de 1988.

6. El señor Isidro Brito Mejía era conducido por los guardianes quienes trabajaban en la Cárcel Judicial de Riohacha cuando ocurrió su deceso.

7. El señor Brito asistía económicamente tanto a su señora madre como a su hermano, con quienes vivía bajo el mismo techo y a quienes trataba con fraternal cariño.

8. Hubo falla en el servicio por cuanto este crimen cometido por la falta de protección, cuidado y seguridad conmovió a la sociedad guajira, y puso de presente la escasa importancia que se le otorga a los reclusos.

SECCION TERCERA

9. Para la época de su muerte el señor Brito se dedicaba a la pesca en Palomino, con ingresos de cien mil pesos mensuales, que le servían para el sostenimiento propio y el de su familia.

10. La actuación de los guardianes que lo conducían a la Cárcel el día de su muerte, no estuvo sujeta al cumplimiento de su deber como es el de garantizar sus vidas mientras sean "internos" y las normas establecidas para la remisión de reclusos.

3. Actuación procesal

Dentro de los términos legales para la contestación de la demanda, no se hizo presente la entidad demandada (fls. 69 a 73), según constancia de la secretaría, con solicitud de excepciones.

Además fueron decretados y practicados los medios de prueba pedidos por los demandantes.

4. La sentencia consultada

En el fallo visible a los folios 109 a 117, el *a quo* declaró probada la responsabilidad administrativa impetrada y como consecuencia condenó a la demandada a pagar, en concreto por concepto de perjuicios morales derivados de falla del servicio; por otra parte se abstuvo de hacer condena alguna por perjuicios materiales, como se observa de la parte resolutive, que se copió al inicio de esta providencia.

Finalmente el *a quo* llega a la conclusión de que está demostrada la falla del servicio, "por parte de los guardianes sujetos al cumplimiento del deber de proporcionar a todos los reclusos la debida protección de sus vidas y no exponerlos a riesgos trasladándolos fuera de la cárcel, a pie. Y que por lo tanto se debe acceder a las súplicas de la demanda" (fl. 110).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia consultada merece confirmación, en su totalidad, habida cuenta de que el *a quo* observó los criterios jurídicos, legales y jurisprudenciales que en casos de responsabilidad patrimonial del Estado acoge esta Corporación. Adicionalmente por cuanto los límites económicos impuestos por el Tribunal están dentro de las orientaciones reiteradas de esta Sección.

Obra en autos prueba suficiente que acredita los supuestos fácticos de las pretensiones demandatorias. En efecto, está debidamente acreditado que el

señor Isidro Brito Mejía, para el 30 de junio de 1988, se encontraba sometido a los agentes o guardianes de la cárcel del Distrito de Riohacha al estar vinculado a un proceso penal ante el Juzgado 1º de Instrucción Criminal radicado en Riohacha.

Al encontrarse privado de la libertad el ciudadano Isidro Brito Mejía, las autoridades de la prisión le debía protección y seguridad en su integridad corporal y mental. En otros términos, por encontrarse “a buen recaudo” de las autoridades de prisión, éstas debían custodiarle y cuidarle para mantenerle en las mismas condiciones sico físicas que presentaba el detenido al momento de la privación de su libertad. Cualquier daño en la salud que llegasen a presentar las personas privadas de su libertad, por acción u omisión de las autoridades que las vigilan y controlan, se adecua al concepto genérico de falla de la Administración y por consiguiente surge la obligación de indemnizarlas, desde luego que se presenta un daño antijurídico de los previstos por el artículo 90 de la Carta Política.

Como bien lo resalta la sentencia consultada, el 30 de junio de 1988 los guardianes de la Dirección de Prisiones de la Cárcel de Riohacha conducían al señor Isidro Brito Mejía del Juzgado 1º de Instrucción Criminal a las instalaciones de la cárcel, cuando en el sector comprendido entre las calles 1ª y 2ª de Riohacha un grupo de personas particulares con arma de fuego interceptaron a los agentes y al recluso, habiéndole dado muerte a éste por haberle propinado varias heridas. La guardia adscrita a la cárcel de Riohacha no tomó las precauciones necesarias para desplazar al recluso de un lugar a otro, hasta el punto que lo conducían caminando y con una exigua cantidad de agentes, circunstancias que facilitaron la acción de los enfurecidos particulares que intentaron y lograron darle muerte al detenido Isidro Brito Mejía. La administración de la Cárcel de Riohacha debió prever que los reclusos bajo su custodia bien podían ser víctimas de sus enemigos o de cualquier otro agresor. Para controlar esta eventualidad, la prudencia recomienda que el traslado o desplazamiento se lleve a cabo con las máximas precauciones y a través de medios que garanticen su integridad, por ejemplo en vehículos automotores y con un número de guardianes en condiciones de poder controlar y evitar desmanes y atentados como el ocurrido el 30 de junio de 1988.

Las declaraciones de los guardianes Llanos Alzate Juan Bautista y Ramos Vergara José Miguel evidencian los hechos narrados en la demanda y las circunstancias particulares en que perdió la vida Isidro Brito Mejía.

SECCION TERCERA

Por otra parte los documentos aportados en forma legal a los autos (fls. 17, 18 y 19), ponen de presente que tales declarantes fueron los encargados de custodiar y conducir al sindicado a la diligencia judicial de que se dio cuenta atrás. Como bien lo resalta el *a quo* para seguridad del recluso Isidro Brito Mejía “le había sido endosado directamente al personal del ramo carcelario y eran estos los que tenían que velar y custodiar su integridad personal... la custodia y vigilancia de los detenidos no sólo va encaminada a impedir las evasiones de los detenidos sino a cuidar que su integridad física sea respetada y máxime, en el estado de indefensión en que se encuentran los privados de la libertad”.

Razonó igualmente el sentenciador de primer grado al deducir que la muerte del recluso Isidro Brito Mejía afectó moralmente a su madre Denis Rosa Mejía y a su hermano Olmer Rafael Ibarra Mejía y dentro de la prudente discrecionalidad que se pregona del fallador, los 1.000 y 300 gramos de oro fino, en su equivalente a pesos colombianos para la época de la ejecutoria de la sentencia, en su orden.

Dichos reclamantes acreditan en legal forma la calidad alegada por ellos, con los registros civiles correspondientes. El dolor moral se presume, como lo ha reiterado la Sala dentro de los grados de parentesco que aquí quedaron establecidos.

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

FALLA:

Confírmase, en todas sus partes la sentencia materia de esta consulta, esto es, la de julio 27 de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

Por Secretaría expídanse las copias correspondientes para efectos de su cumplimiento, observando lo prescrito por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP. - 7725

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO / FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

No era con una agresión armada como tenían que organizar y permitir el uso de la vía pública ocupada por los estudiantes que protestaban alguna medida oficial que afecta los intereses de la comunidad. El uso de las armas de fuego era innecesario para cumplir su cometido. Si los policías portaban cascos, escudos protectores y hasta armas de fuego, a más de estar preparados profesionalmente para este tipo de actuaciones, y si los estudiantes en ningún momento dispararon contra los agentes oficiales, resulta inexplicable el desproporcionado, ilegítimo y violento comportamiento asumido por éstos, frente a los alumnos de la universidad, al ingresar a sus predios y dentro de los mismos hacer uso de las armas de fuego. La falla se hizo más protuberante con el comportamiento del oficial que comandó el operativo al impedir que se le prestaran los auxilios médicos necesarios a la víctima.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 28 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 6933

Demandado: La Nación - Policía Nacional.

Actores: María Prisca Cantillo Peña y otros.

Procede la Sala a decidir sobre el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 31 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual se dispuso:

“Primero. Declárase la responsabilidad administrativa de la Nación Colombiana -Policía Nacional-, por la muerte de Tomás Herrera Cantillo,

ocurrida el 18 de marzo de 1987, en predios de la Universidad Pedagógica y Tecnológica UPTC, Tunja, a consecuencia de los impactos por disparos de arma de fuego (revólveres), que le causaron miembros de la Policía Nacional.

“Segundo. Condénase a la Nación Colombiana -Policía Nacional-, a pagar a María Cantillo Peña, en su calidad de madre de Tomás Herrera Cantillo, lo equivalente a un mil gramos oro puro, por concepto de perjuicios morales, conforme al precio que tenga dicho metal a la fecha de ejecución de esta sentencia, según certificado expedido por el Banco de la República.

“Tercero. Condenar a la Nación Colombiana -Policía Nacional-, a pagar a cada uno de los hermanos de Tomás Herrera Cantillo, esto es a: Juan Herrera Cantillo, María del Carmen Herrera Cantillo, Diomedes Cortés Cantillo y Rocío Armesto Cantillo, el equivalente a quinientos gramos oro puro, por concepto de perjuicios morales subjetivos, conforme al precio que tenga dicho metal, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de acuerdo con certificado que expida el Banco de la República.

“Cuarto. El pago se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

“Quinto. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

“Sexto. Si este fallo no fuere apelado, consúltese con el honorable Consejo de Estado”.

I. ANTECEDENTES

1. *Las pretensiones*

Mediante escrito presentado el 18 de marzo de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, los señores María Prisca Cantillo Peña, Juan Herrera Cantillo, María del Carmen Herrera Cantillo, Diomedes Cortés Cantillo y Rocío Armesto Cantillo, en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación -Policía Nacional-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera: Que se declare que la Nación (Policía Nacional) es administrativamente responsable de la muerte del ciudadano Tomás Herrera Cantillo, ocurrida en predios de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC, Municipio de Tunja, departamento de Boyacá, el día 18 de marzo de 1987, cuando fue asesinado por miembros de la Policía Nacional acantonados en Tunja.

SECCION TERCERA

“Segunda: Declarar igualmente, a la Nación (Policía Nacional) administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados y que se causen, en el futuro, a los demandantes María Prisca Cantillo Peña, Juan Herrera Cantillo, María del Carmen Herrera Cantillo, Diomedes Cortés Cantillo y Rocío Armesto Cantillo.

“Tercera: Que se condene a la Nación (Policía Nacional) a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos colombianos de las siguientes cantidades de oro puro, según certificación que de su precio dé el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

“a) María Prisca Cantillo Peña: Mil gramos;

“b) Juan Herrera Cantillo, María del Carmen Herrera Cantillo, Diomedes Cortés Cantillo y Rocío Armesto Cantillo: Quinientos gramos por cada uno.

“Cuarta: Que se condene a la Nación (Policía Nacional) a pagar los perjuicios materiales causados y que se causen en el futuro, con motivo de la muerte de Tomás Herrera Cantillo, a favor de los demandantes, teniendo como base, un salario diario de novecientos pesos (\$900.00) o la que se demuestre, dentro del proceso o por último, el salario mínimo existente el 18 de marzo de 1987. Para fijar el monto de la indemnización se tendrá en cuenta, además la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 18 de marzo de 1987 y que exista a la fecha de la sentencia, y teniendo en cuenta el cálculo de la vida probable de la víctima, la profesión y su explotación futura: que se tenga en cuenta el cálculo de vida probable de los demandantes, aplicándose así, el reajuste de la condena en la forma establecida en el artículo 178 del C. C. A.

“Quinta: La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro del término fijado por el artículo 176 del C. C. A. y las sumas resultantes devengarán intereses comerciales por los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo y moratorios, después de este término, según el artículo 177, inciso final del C. C. A.”.

2. *Fundamentos de hecho*

Aparecen ampliamente relacionados en la demanda a los folios 15 a 20 y se reducen, en síntesis, a lo siguiente:

Tomás Herrera Cantillo era hijo de Juan Herrera y María Prisca Cantillo y hermano materno de Juan Herrera Cantillo, María del Carmen Herrera Cantillo, Diomedes Cortés Cantillo y Rocío Cantillo.

La víctima Tomás Herrera Cantillo estudiaba en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja, funda un periódico estudiantil y con su producto se sostenía él, su hermano Juan Herrera Cantillo y además giraba para su progenitora y otros hermanos en Mompós.

El 18 de marzo de 1987, una marcha de protesta de los estudiantes de la Universidad mencionada origina el bloqueo del tránsito automotor, lo que obligó al uso de la fuerza pública para normalizar la situación. Los agentes de la Policía Nacional arremetieron contra el estudiantado universitario, penetraron a los predios del centro educativo, en donde, al utilizar armas de fuego, causaron la muerte de Tomás Herrera Cantillo y lesiones en William Rodríguez Ortiz. Para complemento, el Mayor encargado del procedimiento impidió que se le prestaran los auxilios y asistencia médica necesarios a los heridos.

Se presentó, pues, una falla en el servicio, la que originó graves daños, configurándose así la responsabilidad administrativa a cargo del ente demandado y originándose a su cargo la obligación de indemnizar los perjuicios causados a los demandantes.

3. Actuación procesal

Agotado el período probatorio se les brindó la oportunidad a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones de conclusión y el concepto de fondo.

La actora en su escrito de folios 64 a 67, básicamente reitera los planteamientos consignados en la demanda, cuestiona severamente la actuación de los miembros de la Policía Nacional en los hechos narrados, quienes “desbordaron todo principio de disciplina interna y social, dispararon sobre un grupo de muchachos dando como resultado la muerte de Tomás Herrera Cantillo causando un perjuicio, cuyo resarcimiento se ha demandado”.

El Fiscal del Tribunal solicitó en su concepto que se accediera a las súplicas de la demanda en cuanto a la declaración de responsabilidad. Sobre los perjuicios morales sugiere que se reconozcan a la madre y hermanos en la proporción señalada por el Consejo de Estado y con respecto a los perjuicios materiales, estima que no fueron acreditados.

4. La sentencia recurrida

Para el Tribunal en el *sub judice* se presentó una ostensible falla del servicio por parte del personal de la Policía Nacional que intervino en el operativo adelantado frente a los estudiantes de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja, al ingresar a sus predios y disparar contra aquellos con

SECCION TERCERA

el lamentable y trágico resultado que dio origen a este proceso. Esta falla del servicio y su consecuencia: la muerte del estudiante Tomás Herrera Cantillo, configuraron la responsabilidad del ente demandado.

Como reconocimiento indemnizatorio para la madre del occiso el *a quo* dispuso el pago equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino y para los hermanos el equivalente en pesos a 500 gramos del mismo metal.

Para la Fiscal Séptima de la Corporación, el fallo consultado debe confirmarse, por cuanto “están demostrados los elementos axiológicos que determinan la responsabilidad de la Nación - Policía Nacional...” (fls. 108 a 115).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero hacer referencia al cuestionamiento formulado por el apoderado de la Nación -Policía Nacional- sobre la legitimación en la causa por activa, deducida de no haberse probado el parentesco del occiso con Juan Herrera, a quien la parte demandada identifica con su padre.

Precisamente con miras a clarificar lo relacionado con el estado civil de los demandantes y la víctima, oficiosamente se dispuso traer al proceso las copias de las actas de registro civil del occiso y sus hermanos (fls. 120 a 124), de las cuales se infiere, sin lugar a dudas, que la señora María Prisca Cantillo Peña era la madre de Tomás Herrera Cantillo y éste, a su vez, hermano de Juan Herrera Cantillo, María del Carmen Armesto Cantillo y Diomedes Cortés Cantillo.

Ahora bien, la Sala considera que el fallo consultado debe confirmarse por cuanto la declaración de responsabilidad a cargo de la Nación -Policía Nacional-, así como la tasación de los perjuicios morales en favor de los demandantes, acompañan con una acertada interpretación jurídica de las disposiciones constitucionales y legales aplicables al *sub iudice* y con las orientaciones jurisprudenciales de esta Sección sobre liquidación de perjuicios morales para los padres y los hermanos de la víctima fallecida.

Realmente ninguna duda se presenta sobre la falla del servicio de la Policía Nacional como generadora de su responsabilidad administrativa en el fallecimiento trágico del estudiante Tomás Herrera Cantillo. Los miembros de esa institución armada procedieron abiertamente en forma contraria a los más elementales principios de legalidad, humanidad, prudencia y disciplina profesional.

No era con una agresión armada como tenían que organizar y permitir el uso de la vía pública ocupada por los estudiantes que protestaban alguna medida oficial que afectaba los intereses de la comunidad. El uso de las armas de fuego era innecesario para cumplir su cometido, ni siquiera eran agredidos con arma de ese tipo. De otra parte, olvidaron los uniformados que conforme al artículo 29 del Decreto 1355 de 1970 “sólo cuando sea estrictamente necesario, la Policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo...”.

Esta, por lo demás, ha constituido una constante posición de la Sala al exigirle a la fuerza pública la máxima prudencia y mesura en la utilización de la fuerza, y con mayor razón en el uso de las armas a las que sólo en condiciones extremas y plenamente justificadas pueden acudir, para en esa forma dar cumplimiento a la obligación de salvaguardar la vida de los ciudadanos y el orden social.

Si los policías portaban cascos, escudos protectores y hasta armas de fuego, a más de estar preparados profesionalmente para este tipo de actuaciones, y si los estudiantes en ningún momento dispararon contra los agentes oficiales, resulta inexplicable el desproporcionado, ilegítimo y violento comportamiento asumido por éstos frente a los alumnos de la Universidad, al ingresar a sus predios y dentro de los mismos hacer uso de las armas de fuego, conforme se deduce de las distintas constancias procesales sobre el particular.

Esa falla se hizo aún más protuberante con el comportamiento del oficial que comandó el operativo al impedir que se le prestaran los auxilios médicos necesarios a la víctima y con la actitud mañosa, elusiva e ilícita del teniente que disparó su revólver y luego pretendió esconderlo y desviar la investigación de su conducta. Tan evidente y ostensible fue la conducta de estos oficiales de la Policía Nacional que se determinó su separación absoluta del servicio.

Como consecuencia de la falla en el servicio resultó muerto Tomás Herrera Cantillo, estableciéndose así un nexo de causalidad entre la falla y el resultado dañoso, de donde surge estructurada la responsabilidad administrativa a cargo de la parte demandada, así como la obligación indemnizatoria correspondiente en favor de los demandantes, a quienes habrá de resarcirse de los perjuicios morales recibidos, en la forma que lo hizo el Tribunal, es decir, con el reconocimiento para la progenitora del occiso de una suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino y para los hermanos el equivalente en pesos a 500 gramos del mismo metal.

SECCION TERCERA

Por último, comparte la Sala el criterio de la *quo* al negar el reconocimiento de perjuicios materiales por cuanto procesalmente no se acreditaron, ni como daño emergente, ni como lucro cesante.

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

FALLA:

Primero. Confirmase la sentencia consultada, esto es, la de 31 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Segundo: Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes contenidas en el artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CASO FORTUITO - Improcedencia / FALLA DEL SERVICIO PRE-SUNTA - Vehículo oficial

Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos; en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar “el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurren dentro del campo de actividad del que causa el daño mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo, ajeno a esa actividad; y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida. Para los eventos en los que haya que aplicarse el régimen de la falla presunta no se ha aceptado el caso fortuito, en cualquiera de las nociones descritas, como causal exonerativa de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. La falla de los frenos no constituye caso fortuito.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 7365.

Actora: Ana Delia Bohórquez Martínez.

Resuelve la Sala el recurso de apelación propuesto por el demandando en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá el 19 de febrero de 1992, por virtud de la cual adoptó estas decisiones:

“1. Declárase administrativamente responsable al Departamento de Boyacá -Secretaría de Hacienda-, por falla presunta en el servicio en la

SECCION TERCERA

que con el vehículo y agente oficial se causó la muerte al señor **Ciro Antonio Morales Bohórquez**.

“2. Como consecuencia, condénase al Departamento de Boyacá -Secretaría de Hacienda- a pagar a cada uno de los siguientes demandantes las sumas de dinero que se fijan en seguida:

“a) Para Ana Delia Bohórquez de Martínez, c.c. número 40.020.927 de Tunja, en su nombre y para Lady Johana Morales Bohórquez y Willington Morales Bohórquez, menores de edad, representados por su progenitora, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro para cada uno, según certificación que al respecto expida el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado;

“b) A favor de Antonio Morales López, c.c. número 11.709.85 de Tenza, y a favor de Alejandrina Bohórquez de Morales, c.c. número 241.545.96 de Tenza el equivalente en moneda nacional a un mil (1.000) gramos de oro para cada uno, según lo certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria del fallo de segundo grado.

“3. Condénase igualmente al departamento de Boyacá -Secretaría de Hacienda- a pagar los valores que resulten a favor de Ana Delia Bohórquez Martínez y de los menores Lady Johana y Willington Morales Bohórquez, representados por su progenitora, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y conforme a la liquidación que se practicará atendiendo las pautas fijadas en la parte motiva de esta sentencia.

“4. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

“5. Las sumas aquí decretadas se harán efectivas conforme a las previsiones establecidas por el artículo 176 del C. C. A.

“6. Si esta sentencia no fuere apelada consúltese con el Superior.

“7. En firme la sentencia procédase a comunicarse a la entidad demandada y al Ministerio Público para efectos de su ejecución y cumplimiento” (fls. 180 a 182, cdno. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La muerte de **Ciro Antonio Morales Bohórquez** ocurrida en la ciudad de Tunja el 16 de diciembre de 1988 originó dos procesos que posteriormente se acumularon y cuya segunda instancia, de conjunto, se resuelve hoy.

El primer proceso se inició por demanda que instauró Ana Delia Bohórquez Martínez, en su nombre y en el de los menores Lady Johana y Willington Morales Bohórquez (fls. 79 a 85 y 101 - 102 del cdno. 1); en ella y en la aclaración efectuada oportunamente, los demandantes pidieron declarar “que la Gobernación de Boyacá es civilmente responsable de los perjuicios” que les ocasionó dicha muerte; en consecuencia reclamaron:

“1. La suma equivalente a los sueldos mensuales incluida la prima de antigüedad y subsidios, desde la fecha en que ocurrió su muerte hasta cuando de acuerdo con el promedio de vida que señale Medicina Legal o que haya establecido el Dane, se hubiere prolongado su existencia, liquidados dichos sueldos de acuerdo con los incrementos anuales en los salarios que se hayan hecho y se hagan a partir de la fecha del deceso, hasta cuando tenga lugar el fallo, así como los aumentos en la prima de antigüedad y de subsidios.

“2. La suma equivalente a los dineros que el muerto hubiera podido recibir durante el resto de su vida, si hubiere existido lo normal, por concepto de primas semestrales, teniendo en cuenta los incrementos de que se habló en el inciso anterior.

“3. Las cantidades equivalentes a la que el occiso hubiera podido recibir por concepto de pago de vacaciones y prima vacacional, durante los años que hubiera existido, con los incrementos atrás dichos.

“4. La suma correspondiente a las primas que el señor Ciro Morales B., habría recibido si hubiese podido vivir el resto de años, de acuerdo con el cálculo ya dicho, también con los aumentos anuales de salarios.

“5. La cantidad que le hubiera podido corresponder al occiso por concepto de cesantías, de acuerdo con los años que hubiera podido vivir, con los correspondientes aumentos’.

“Al hacer las liquidaciones anteriores solicito se las efectúe con la correspondiente corrección monetaria, es decir, teniendo en cuenta la devaluación de la moneda.

“Quinta. Como consecuencia igualmente de las declaraciones arriba dichas, condenar a la Nación, -departamento de Boyacá- (Secretaría de Hacienda) al pago de la suma equivalente en dinero nacional, a mil gramos oro, a la cónyuge sobreviviente Ana Delia Bohórquez Martínez y mil gramos oro a cada uno de sus hijos: Lady Johana y Willington Morales Bohórquez por concepto de perjuicios morales” (fls. 101 a 102, cdno. 1).

SECCION TERCERA

El segundo proceso lo iniciaron Antonio Morales López, Alejandrina Bohórquez de Morales, Blanca Lilia, Luis Raúl, Edilberto y Gloria Janeth Morales Bohórquez, quienes solicitaron se declarase la responsabilidad del Departamento de Boyacá -Secretaría de Hacienda-, por los perjuicios morales y materiales que sufrieron con la muerte del mencionado Ciro Antonio Morales Bohórquez y se lo condenase a pagarlos; para ello reclamaron, por los perjuicios morales, una suma equivalente al valor de 6.000 gramos de oro.

2. Son comunes los hechos que sirven de sustento a las pretensiones; en la segunda de las demandas se narran así:

“2.1 El día del luctuoso acontecimiento, 16 de diciembre de 1988, se celebraba en esta ciudad una fecha más de las festividades tradicionales de Tunja, llamadas ‘Aguinaldo Boyacense’, durante las cuales las Entidades Públicas y privadas participan en las festividades a través de las llamadas ‘carrozas’, que constituyen vehículos acondicionados con motivos alusivos a los más variados aspectos.

“2.2 Para ese día, fecha de iniciación de las festividades, el Servicio Seccional de Salud de Boyacá participó con una ‘carroza’ y cuando se encontraba en el sitio de los acontecimientos fue embestida por la parte de atrás, de una manera absurda, por el vehículo oficial perteneciente a la Secretaría de Hacienda de Boyacá, de placas O X - 4598, conducido por el señor Jorge Enrique Vela, chofer asignado por la Secretaría de Hacienda de Boyacá, para la conducción de ese vehículo.

“2.3 Como resultado de la absurda colisión, resultaron heridos de gravedad, al ser atropellados, los señores Jaime Hernando Martínez Cifuentes, Benedicto Bautista, Eduardo Ortega, Luis José Ochoa Guerrero, Olga Lucía y Marcela Canaria y muerto en el acto y por el mismo hecho, el señor Ciro Antonio Morales Bohórquez.

“2.4 Del hecho conoció inicialmente la Policía Nacional, que se hizo presente en el lugar de los hechos y detuvo al conductor causante del accidente, en razón a su imprudencia, beodez e irresponsabilidad. Luego lo hicieron las autoridades de tránsito quienes determinaron, finalmente, que el vehículo no se encontraba en condiciones mecánicas, eléctricas, ni de frenos (sic) al momento del accidente. Por último el Juzgado Primero Superior de Tunja, llamó a responder por el delito de homicidio y lesiones personales al conductor Jorge Enrique Vela, en la causa radicada al número 413 de ese Juzgado.

“2.5 El señor **Ciro Antonio Morales Bohórquez**, se encontraba en perfecto estado de salud hasta el momento de ocurrir el lamentable accidente. El fallecimiento se produjo según la necropsia, a causa de un ‘trauma severo en cráneo y cara con graves lesiones en el cerebro de naturaleza mortal’” (fls. 13 y 14, C. 2).

3. El departamento de Boyacá contestó las demandas (fls. 95-99 del C. 1 y 24-27, C. 2); se opuso a las pretensiones deprecadas; aceptó la ocurrencia del accidente por cuyos efectos murió **Ciro Antonio Morales Bohórquez** pero arguyó que su ocurrencia se debió a causa extraña imprevisible e irresistible para el demandado el cual observó la máxima diligencia en la revisión previa del vehículo participante en el desfile y en la escogencia del conductor más idóneo para dichos menesteres.

4. El apoderado de los demandantes del primer proceso alegó de conclusión aduciendo que estaban demostrados los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del demandado: un hecho dañoso constitutivo de falla del servicio, un daño y el nexo causal entre ellos, e invocando el régimen de la falla presunta por razón del instrumento con el cual se ocasionó el perjuicio.

Los apoderados del Departamento alegaron en los dos procesos; coincidieron en argumentar la inexistencia de falla del servicio imputable al demandado el cual, por el contrario, ordenó las revisiones necesarias del vehículo automotor antes del desfile; esta circunstancia, de acuerdo con el pensamiento de uno de ellos, desvirtúa la presunción que obra en contra del ente oficial; subrayan la presencia de causa extraña, que califican de caso fortuito, como la generadora del accidente y la invocan como eximente de responsabilidad; uno de los alegatos añade que el vehículo y el conductor cumplían una misión diferente al servicio y a las funciones que se les había asignado.

5. El Tribunal encuentra errores protuberantes en la formulación de las pretensiones en las dos demandas; pese a ello, hace uso de sus facultades de interpretación para resolver el fondo de la litis; encuentra demostrada la legitimación en causa de los demandantes, la muerte de **Ciro Antonio Morales**, el accidente de tránsito que la causó, la condición de servidor público departamental del conductor y el carácter oficial del vehículo comprometido.

Sobre estas bases y con apoyo en la jurisprudencia de la Sala expresa:

“Queda claro que los elementos que aporta la sentencia últimamente traída, la presencia de una evolución jurisprudencial notoria que se marca

SECCION TERCERA

por la exclusión de caso fortuito como causal de exoneración de responsabilidad estatal, que según quedó visto, a la luz de la antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala de Negocios Generales, a pesar de haber abierto la dogmática imperante al manejo de la presunción de culpa en actividades peligrosas, prescribía como argumento exonerante al caso fortuito.

“Desde luego, la acepción ontológica de la figura la inhabilita para conseguir operatividad en el régimen de presunción de la culpa en función del *onus probandi*, toda vez que, el caso fortuito es precisamente el evento en el que el ente demandado se halla frente a una causa desconocida, totalmente imprevista que por lo uno y otro está en incapacidad de mostrar. Fluye por consiguiente, que en esos términos el damnificado obtiene la declaración de responsabilidad con la mera afirmación probatoria del daño y con la demostración de la relación causal entre éste y el servicio.

“Retomando pues las precisiones que se dejan de esta forma acreditadas, en caso que plantea la demanda, aparece inequívocamente probado el hecho del daño, y su conexión con el servicio pues nadie ha discutido que el causante del mismo no haya sido un empleado oficial, conduciendo un vehículo de propiedad del departamento y adscrito a la Secretaría de Hacienda. La especie propuesta por uno de los procuradores judiciales de la entidad demandada, en el sentido de proclamar la no relación del daño con el servicio en vista de la extrañeza que vierte la participación de la Gobernación en unos festejos de carácter popular, con el servicio constitucional, legal y reglamentariamente ajenos al funcionamiento del ente departamental, debe la Sala decirlo con toda claridad carece de fundamento.

“Lo que aquí se mira no es la circunstancia relativa al acaecimiento del daño dentro del marco normal de las funciones públicas. No precisamente el desborde de esas funciones normales y la contención en aquellas del hecho dañoso en sí misma la situación de la falla, puesto que aquí podría decirse con toda razón que el vehículo siniestrado, por sus especificaciones resultaba totalmente inapropiado por distraerlo de su servicio normal para atribuirlo a una actividad que implicaba un mejor comportamiento mecánico, es decir máquinas de mayor versatilidad, etc.

“Pero en fin, teniendo plenamente establecido en este proceso la entidad del daño y su vínculo con el servicio, resulta inane, por el antedicho,

detenernos a disgregar el fenómeno de la presencia, de la culpa o falla del servicio, toda vez que, debe recordarse, la administración quiso enervar la pretensión responsabilizante invocando el caso el fortuito que por lo examinado, carece de poder exonerante de la responsabilidad estatal en esta clase de régimen de responsabilidad” (fls. 169 a 171, c. 1).

Los perjuicios materiales reclamados recibieron este tratamiento:

“Al fijar la extensión del *petitum* de la demanda, en uno y otro proceso, dejó la Sala precisado la inutilidad de la presunción por perjuicios materiales en lo que respecta a demandantes que no figuran como cónyuge e hijos de la víctima; además dicha circunstancia armonizada a la orfandad probatoria de tal extremo, acarrea necesariamente que deba negarse cualquier petición de indemnización por este particular rubro, a favor de quienes demandan atribuyéndose la condición de padres y hermanos del fallecido.

Ahora bien, y como consecuencia del esfuerzo interpretativo de la demanda, la indemnización por perjuicios materiales causados a los demandantes que dependían económicamente de la víctima por ser su esposa e hijos menores, respectivamente, se liquidará en incidente posterior de acuerdo con las bases siguientes:

“Se tendrá en cuenta que *Ciro Antonio Morales Bohórquez*, devengaba al momento de producirse su fallecimiento, un salario de cuarenta y siete mil quinientos setenta y nueve pesos mensuales (\$47.579.00) como Auxiliar de Mecánica Automotriz en el Servicio de Salud de Boyacá.

“Igualmente, para determinar la indemnización a favor de la viuda se considerará el tiempo probable de vida que le hubiese quedado a la víctima, según las tablas de supervivencia aceptadas por la Superintendencia Bancaria y/o por el Instituto de Seguros Sociales.

“Similar operación en lo que concierne a la vida probable de la demandante *Ana Delia Bohórquez Martínez*.

“La edad de 18 años de los menores *Lady Johana y Willington Morales Bohórquez*. Es decir, la indemnización futura se extenderá, respectivamente hasta la fecha en que uno y otro menor alcancen la edad mencionada.

“Para los efectos de concretar las modalidades indemnizatorias en los extremos de indemnización debida o consolidada e indemnización futura,

SECCION TERCERA

se aplicarán las fórmulas de matemática financiera aplicadas por el Honorable Consejo de Estado, así:

“Para indemnización debida:

$$S = \frac{R(1-i)^n}{i} \text{ (sic)}$$

“Donde: S = Capital por averiguar.

r = renta conocida (mensual base de la indemnización).

i = porcentaje anual i.p.c.

n = número de meses que se liquidan.

“Para indemnización futura:

$$R = R \frac{1+i)^n - 1}{i} \text{ (sic)}$$

“Donde: P = valor presente (pagar hoy).

r = renta mensual.

i = % técnico (6% anual).

h = número de meses para liquidar”.

(fls. 171 a 173, C. 1).

Reconoce, por presunción, el daño moral sufrido por los hijos, padres y cónyuge y niega el que alegan los hermanos por carencia probatoria; sobre este particular reflexiona con esta lógica:

“En síntesis el fallador desconoce la realidad que matizó el trato amoroso, solidario que pudo haber caracterizado el desarrollo de la vida de la víctima antes del deceso, con sus hermanos ahora demandantes en calidad de perjudicados, y al desconocerse la certeza sobre esa realidad, el reconocimiento de perjuicios por un presunto daño moral no equivaldría a cosa diferente que al prejuzgamiento sobre el mismo, para convertir a esta clase de acciones en una rutina bien asemejada a los sistemas sucesorales en donde para ejercer la acción hereditaria basta con acreditar el parentesco con el causante para de ahí derivar la transmisión

del derecho, cuando es sabido hasta la saciedad que en los procesos por responsabilidad, lo que se discute son los derechos autónomos y legales cuya existencia, a no ser que se admita algún régimen de presunción, tiene que ser debidamente acreditado. Esta la razón para que la Sala niegue la pretensión indemnizatoria que deprecian quienes se reputan como hermanos de la víctima” (fl. 179, C. 1).

6. La impugnación del fallo descrito se fundamenta con estas razones:

“I. La sentencia impugnada se ha motivado sobre la base de que el caso fortuito no configura una causal de exoneración de la responsabilidad cuando se trata de actividades peligrosas. Este concepto del Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá representa, en últimas desconocer el imperio de la ley al cual están sometidas todas las providencias de los Jueces de la República por expreso mandato constitucional, corroborando por nutrida y unánime jurisprudencia, pues es verdad averiguada que la existencia y demostración de un caso fortuito es una clara causal que exonera la responsabilidad administrativa del Estado o sus agentes.

“II. La sentencia impugnada está sustentada en que existió una falla en la prestación del servicio a cargo de la Gobernación de Boyacá, desatendiendo el claro criterio fáctico y probatorio de que el vehículo automotor oficial no guarda relación alguna con la falla en la prestación del servicio imputable a la Gobernación.

“III. La sentencia omite el análisis de la causal excluyente de responsabilidad consistente en la Fuerza Mayor, argumentando que no fue planteado expresamente, con lo cual el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá omite su deber legal de interpretar tanto la demanda y pretensiones de todo demandante como las excepciones de todo demandado.

“IV. La sentencia omite el análisis de la culpa de la víctima y de terceros como causal excluyente de la responsabilidad de la demandada.

“V. La sentencia incurre en grave error metodológico al establecer la fórmula matemática para liquidar la posible indemnización debida a algunos de los demandantes, pues desconoce el indudable hecho de que la víctima tenía necesariamente que dedicar parte considerable de sus ingresos a su propio sustento.

“IV. La sentencia releva ilegalmente a los demandantes de la prueba necesaria sobre la existencia del perjuicio moral reclamado, omitiendo, en

SECCION TERCERA

consecuencia, el obligatorio principio del *onus probandi* inherente a toda reclamación de perjuicios.

“VII. La sentencia impugnada confunde en su parte motiva conceptos legales totalmente disímiles como lo son la ‘Teoría del riesgo’ y la ‘actividad peligrosa’, generando de su análisis las bases para la condena impuesta a mi representado.

“VIII. La sentencia impugnada confundió gravemente en la parte motiva de esta providencia la ‘presunción de culpa’ de que trata el artículo 2356 del C. C. con una imaginaria ‘presunción de responsabilidad’ ajena a la ley.

“Con base en los anteriores fundamentos preliminares, muy respetuosamente solicito se me conceda el recurso de apelación ante el Honorable Consejo de Estado, con el fin de que esta Corporación, previo el trámite legal correspondiente revoque la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá con fecha 19 de febrero de 1992 y en su lugar se nieguen las pretensiones de los demandantes con costas a su cargo” (fls. 184 y 185, C. 1).

7. El Fiscal Décimo de la Corporación, luego de transcribir a partes de la sentencia que pronunció la Sala el 19 de diciembre de 1989, concluye:

“...se hace evidente en el caso presente, la falla presunta de la Administración, al haber destinado en condiciones no optar para participar en las festividades navideñas, un vehículo que no reunía las condiciones que ofrecieran seguridad para la comunidad, y que debido precisamente a eso, se debió el accidente fatal. Si la Administración, por intermedio de sus mecánicos hubiese procedido a efectuar una revisión previa de los vehículos que esa noche iban a participar en las fiestas decembrinas, llevando carrozas, seguramente no se hubiese producido la tragedia que acabó con la vida del señor Morales Bohórquez. Por esto, no puede tampoco afirmarse que se está frente a un fenómeno conocido como fuerza mayor, ya que ésta supone que la administración no ha cometido ni incurrido en falla, por cuanto la causa de esta última se debe a un hecho irresistible e imprevisible, lo que no se da precisamente en este caso, pues fue la falta de previsión de la Administración, al no proceder a la revisión y mantenimiento de sus vehículos automotores, lo que en últimas ocasionó la tragedia.

“Respecto de la liquidación por concepto de perjuicios materiales a favor de la esposa e hijos de la víctima, se tomarán en cuenta las bases que la

sentencia del Tribunal *a quo* estableció, pero con la siguiente aclaración: El sueldo que devengaba la víctima se tomará para efectos de la respectiva liquidación, pero obviamente y de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia, disminuido en un 25%, suma ésta que se considera necesaria para los gastos personales de la víctima.

“Por último y teniendo en cuenta que en una de las demandas acumuladas se demandó no sólo al Departamento de Boyacá, sino también a la Nación, este despacho comparte las apreciaciones del Tribunal *a quo* expresadas en la sentencia (pp. 22 y 23 de la sentencia), en el sentido de que si bien, el *petitum* de dicha demanda no se ajusta en un todo a la técnica jurídica formal, también es cierto que se trabó la relación jurídico procesal con quien debía entablarse. Lo anterior, sumado a la circunstancia de que en tratándose de acciones de reparación directa y cumplimiento por responsabilidad extracontractual, el juez tiene cierta amplitud en la interpretación de la demanda, y prevaliéndose del principio de la *iura novit curia*.

“Por todo lo anterior, se solicita de esa Honorable Sala la confirmación de la sentencia apelada, modificando las bases para la liquidación de los perjuicios materiales, en la forma como quedó dicha” (fls. 199 y 200, cdno. 1).

8. El apoderado judicial del Departamento estima equivocada la apreciación del *a quo* según la cual el régimen de la falla presunta significa la inversión de la carga de la prueba; arguye que, entre los servicios departamentales no se cuenta el del “aguinaldo boyacense” razón que encuentra suficiente para excluir su responsabilidad; en este último aspecto concluye:

“...si no se presenta el daño dentro del servicio, no hay responsabilidad de la administración y por tanto la sentencia del Tribunal debe revocarse y el Departamento que estoy representando debe ser absuelto, como respetuosamente lo estoy solicitando” (fl. 229, cdno. 1).

LA SALA CONSIDERA

A. Los demandantes en los dos procesos prueban plenamente su condición de damnificados, circunstancia que los legitima para formular las pretensiones que reclaman jurisdiccionalmente; en efecto, es sabido que tal condición se presume respecto de los cónyuges entre sí; de los hijos respecto de los padres y viceversa; y entre hermanos, de modo que, en tales eventos, es suficiente con demostrar el parentesco o el matrimonio para que, por presunción, surja la legitimación en la causa por activa; dicha presunción, claro

SECCION TERCERA

está, es de aquellas que admiten prueba en contrario; por manera que correrá a cargo del demandado probar cómo, a pesar del parentesco alegado y demostrado, el actor no sufrió daño alguno con los hechos que fundan la controversia.

En el *sub lite* aparece probado:

1. Que Ana Delia Bohórquez Martínez es la cónyuge sobreviviente del difunto Ciro Antonio Morales Bohórquez (fl. 76, C. 1) y que, en su matrimonio, procrearon a Lady Johana y Willington Morales Bohórquez (fls. 77 y 78 del mismo cdeno.).

2. Que Antonio Morales López y Alejandrina Bohórquez son los padres del occiso (fls. 6 y 7 del C. 2); y que Blanca Lilia, Luis Raúl, Edilberto y Gloria Janeth Morales Bohórquez son sus hermanos (fls. 8-11 del mismo cdeno.).

Se presume, pues, la legitimación de los actores sin que se haya aportado ninguna prueba para desvirtuarla.

B. De otra parte, de las actas de defunción (fl. 29, C. 1) y de levantamiento del cadáver (fls. 1-6 *ibidem*); del informe que rinde el comandante de la Estación de Policía Vial de Boyacá (fl. 7 del mismo cdeno.), de los croquis del accidente que levantaron las autoridades de policía (fls. 9 y 10); de la certificación que expide el Instituto de Tránsito de Boyacá respecto del camión causante del accidente (fl. 19, cdeno. 3); de la constancia que suscribe el Jefe de la División de Recursos Humanos de la Gobernación de Boyacá (fl. 14 del mismo cdeno.); así como de los testimonios de Jorge Orlando Murcia Sequeda (fl. 18, cdeno. 4) y de Luis Antonio Jiménez Orjuela (fl. 7, cdeno. 5), se deduce con suficiente claridad que Ciro Antonio Morales Bohórquez murió hacia las 11:30 p.m. del 16 de diciembre de 1988, atropellado por el camión de placas OX 45-98, modelo 1973, perteneciente a la Gobernación de Boyacá, en la carrera 9ª entre calles 23 y 24 de la ciudad de Tunja, en desarrollo del desfile de carrozas organizado con ocasión del denominado “aguinaldo boyacense”; el camión era conducido por Jorge Enrique Vela quien, para esa época, desempeñaba el cargo de chofer mecánico nivel operativo grado 8, dependiente de la Secretaría de Hacienda de dicha Gobernación.

C. De tiempo atrás, la indemnización de los daños causados con vehículos automotores de propiedad oficial se ha venido manejando con aplicación del sistema de presunción de falla del servicio, lo cual no es exclusivo de esta jurisdicción, pues la jurisdicción ordinaria hace otro tanto buscando apoyo en la interpretación del artículo 2356 del C. C.; el Juez Administrativo, en cambio, si bien ha tomado en consideración la peligrosidad que reviste la actividad

generadora del daño, no ha sido este el único criterio que lo ha orientado para deducir la presunción de falla.

Por consiguiente no hay error en el *a quo* cuando decide aplicar el criterio jurisprudencial en la tarea de interpretar las disposiciones legales, conducta que se conforma con la exigencia constitucional del artículo 230 de la Carta Política.

Más aún; el Departamento demandado no logró demostrar causal alguna de exoneración; por el contrario, según el dicho de Roberto Hernando Molano Fajardo (fls. 38 y ss. del cdeno. 2), quien empezó a trabajar como mecánico del departamento seis meses después de ocurrido el accidente, “encontré defectuoso el sistema de frenos del vehículo y posteriormente hice cambiar todo el sistema de frenos para mayor seguridad *porque tenía un sistema inadecuado y viejo, inseguro* (destaca la Sala); esta versión adquiere complemento con el testimonio de Arcadio Segundo Abello Cantor (fls. 4 y ss. del C. 6), persona encargada de hacer el mantenimiento al camión de marras para la época del accidente; según él “se le reparó el motor no me acuerdo si fue en agosto o en junio (se refiere al año 1988) después de un poco de tiempo lo llevaron para volverle a cambiar *los frenos de mano*, no recuerdo si fue más o menos en junio de 1988” (se destaca); es claro entonces que para el desfile de carrozas del Aguinaldo Boyacense no se practicó sobre el automotor ninguna revisión especial como lo imponían las delicadas circunstancias a que se iba a someter la máquina así como la antigüedad de la misma.

No existió, pues, la diligencia necesaria y deseable de la entidad pública para adoptar las medidas de seguridad tendientes a garantizar la realización del desfile de carrozas sin incidentes trágicos.

De otra parte, enfatiza la defensa que ni el vehículo oficial ni el conductor se encontraban desarrollando funciones propias del Departamento de Boyacá, pues el aguinaldo Boyacense no está consagrado como tal y que, por lo tanto, no existe la falla del servicio.

Esta argumentación es más idónea para condenar que para defender al ente administrativo demandado; en efecto, si se considera que el Departamento destinó un vehículo oficial en condiciones mecánicas deficientes y un conductor de la nómina oficial para participar en un desfile en el cual *no debía hacerlo*, esa sola circunstancia es suficiente para deducir la falla del servicio que tanto echan de menos los apoderados del demandado. La Sala, sin embargo, no condena con tanta severidad, la participación departamental en el desfile mencionado; es costumbre en las diversas regiones que componen

SECCION TERCERA

la Nación, la participación activa de las entidades oficiales en los festejos y en la celebración de tradiciones populares, lo cual incentiva su conocimiento y el descubrimiento y cultivo de su propia identidad cultural; de manera que la tarea de incentivar este noble propósito no puede ser extraña a los organismos de la administración pública.

Esta precisión, sin embargo, debe correr pareja con la guarda de otras obligaciones administrativas como son, para el caso, la seguridad de las personas; no se puede atender la una y descuidar la otra pues únicamente de su acción complementaria pueden resultar frutos positivos para la colectividad.

D. Hechas las consideraciones anteriores resulta casi innecesario detener la atención sobre el caso fortuito que alega el demandado, pues de ellas fluye con claridad que fue una falla del servicio la causante del daño; sin embargo, dada la insistencia de la defensa en este punto, vale la pena hacer algunas breves precisiones:

Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito (art. 1º de la Ley 95 de 1890), la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos; en cuanto a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concierne, dos concepciones se han presentado a saber:

1. La de considerar “el caso fortuito... (como)... el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo, ajeno a esa actividad...”, y

2. La que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida.

Para los eventos en los que se haya de aplicar el régimen de falla presunta no se ha aceptado el caso fortuito, en cualquiera de las nociones descritas, como causal exonerativa de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Luego, carece de razón el recurrente al cuestionar el fallo de primera instancia por haber desechado el caso fortuito como eximente de responsabilidad dado que, como se ha visto, primero, fue una falla del servicio la que originó el daño y, luego, en los regímenes de responsabilidad por falla presunta, el caso fortuito carece de fuerza exonerativa.

Hay que advertir, además, que la jurisprudencia de la Sala, luego de esmerarse en hacer la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, ha tornado a identificarlos; a esa tendencia corresponde el fallo de 30 de junio de 1989, actor: Javier de Jesús Angel Herrera, en el que se lee:

“...Se llama fuerza mayor o caso fortuito -dice art. 1º de la Ley 95 de 1980- ‘al imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.’.

“Los tratadistas y la jurisprudencia se han enfrascado en la tarea de distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor diciendo algunas veces que el caso fortuito es el evento imprevisible y la fuerza mayor el irresistible, y otras que el caso fortuito constituye un obstáculo relativo que interviene en la conducta del agente, mientras que la fuerza mayor es un obstáculo absoluto y definitivo o, en últimas, que el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de la actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo, ajeno a esa actividad, todo para llevar a sostener, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, un fallo de su Sala de Casación Civil de 7 de marzo de 1939, que ‘el elemento relativo que condiciona el caso fortuito, determina que no siempre que existe o se presenta éste, se llegue indefectiblemente a la exoneración del deudor, la cual no se produce sino cuando militan además ciertas circunstancias especiales, que debe demostrar quien las alega’.

“La distinción en derecho colombiano carece de toda importancia y es meramente académica, porque si lo que quiere significarse con ella es que hay casos fortuitos que por ocurrir dentro del campo de actividad del responsable no pueden haber sido imprevistos o imprevisibles y por consiguiente no tener carácter liberatorio, nada nuevo se está diciendo, pues lo que sucede en este evento es que el caso no es fortuito. El caso será fortuito como la fuerza mayor, cuando reúna las condiciones de imprevisto, es decir improbable, fuera de lo común, e irresistible, es decir que el autor del hecho dañoso no haya podido evitarlo con la diligencia, el cuidado, la prudencia y la pericia que la actividad ejercida requiera”.

Sobre esta base, menos aún se puede hablar de una causal exonerativa en el presente caso, pues dadas las condiciones de vetustez del automotor y del especial esfuerzo a que se somete el sistema de frenos en un desfile de carrozas, una falla en el mismo no puede jamás calificarse como imprevisible. “La falla de los frenos -ha dicho la Sala- no constituye un caso fortuito. No se ha demostrado que haya sucedido algo sobrenatural o irresistible e imprevisible. Simplemente aparece que ‘los frenos se fueron’, como se dice por el chofer, pero la ‘causa’ no ha sido esclarecida, y ello era necesario para que la exoneración de la responsabilidad pudiera tener asidero jurídico. A falta de tal

SECCION TERCERA

prueba 'la culpa anónima' implica falla del servicio..." (sentencia de 29 de abril de 1980 - Actora: Ana de Dios Ríos Osorio).

El recurrente reclama también el análisis de la culpa de la víctima como causal exonerante de responsabilidad; sin embargo es una censura al vacío pues no existe ningún medio de prueba que deje entrever siquiera la culpa del occiso en los hechos debatidos.

E. Los perjuicios morales están correctamente reconocidos y apreciados; la presunción del daño moral que, de antiguo, favorece a padres, hijos y cónyuges, se ha extendido a los hermanos; esta presunción, como todas las presunciones, produce el inmediato efecto de invertir la carga de la prueba, de modo que corre a cargo del demandado la demostración de la inexistencia del daño moral o de las circunstancias que disminuyan su cuantía; dicha prueba no obra en el expediente razón por la cual la decisión del Tribunal merece confirmarse.

F. El reconocimiento de los perjuicios materiales en favor de la viuda y los hijos del difunto se hará en concreto, tomando como base el sueldo mensual que devengaba al momento de su muerte, el cual ascendía a \$45.579 (fl. 10, C. 3), actualizado a la fecha de este fallo según la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

La suma resultante se disminuirá en un 25% que, se presume, el occiso destinaba a la atención de sus necesidades personales; el 75% restante se distribuirá en dos partes iguales, una para la viuda y la otra, también por partes iguales, entre los dos hijos. La indemnización comprenderá dos períodos: uno por la indemnización consolidada y otro por la futura.

El primero corre entre la fecha de la muerte y la de esta sentencia y se calcula con aplicación de la fórmula:

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

El segundo parte de la fecha de esta sentencia y se extiende hasta la vida probable menor del occiso y de la viuda y el menor período entre la vida probable del primero y la mayoría de los segundos; la fórmula aplicable es la siguiente:

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

Desarrollando el procedimiento descrito, se tiene:

$$Ra = 47.579 \frac{264.44}{100.00} = 126.055,80$$

$$25\% = 31.513.95$$

$$75\% = 94.541.85$$

$$50\% = 47.270.92$$

Indemnización para Ana Delia Bohórquez Martínez:

1. *Indemnización consolidada:*

$$S = 47.270.92 \frac{(1 + 0.004867)^{37} - 1}{0.004867}$$

$$S = 1.911.321.20$$

2. *Indemnización futura:*

$$S = 47.270.92 \frac{(1 + 0.004867) 496.32 - 1}{0.004867 (1 + 0.004867) 496.32}$$

$$S = 8.839.967.71$$

3. Indemnización total = \$10.751.288.91

Indemnización para Lady Johana Morales Bohórquez:

1. *Indemnización consolidada:*

$$S = 23.635.46 \frac{(1 + 0.004867)^{37} - 1}{0.004867} = 955.660.60$$

2. *Indemnización futura:*

SECCION TERCERA

$$S = 23.635,46 \frac{(1 + 0.003867)^{100} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{100}}$$

$$S = 1.867.830.65$$

3. Indemnización total: \$2.823.491.25

Indemnización para Willington Morales Bohórquez:

1. Consolidada: Igual que la anterior, \$955.660.60.

2. Futura:

$$S = 23.635,46 \frac{(1 + 0.004867)^{146} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{146}}$$

$$S = 2.465.985.33$$

3. Indemnización total: \$3.421.645.93

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

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada, con excepción del ordinal 3 el cual quedará así:

Condénase al Departamento de Boyacá a pagar, por concepto de perjuicios materiales, los siguientes valores:

-En favor de Anadelia Bohórquez Martínez la suma de diez millones setecientos cincuenta y un mil doscientos ochenta y ocho pesos con 91/100 (\$10.751.288.91) m/l.

-En favor de Lady Johana Morales Bohórquez la suma de dos millones ochocientos veintitrés mil cuatrocientos noventa y un pesos con 25/100 (\$2.823.491.25) m/l.

-En favor de Willington Morales Bohórquez la suma de tres millones cuatrocientos veintiún mil seiscientos cuarenta y cinco pesos con 93/100 (\$3.421.645.93) m/l.

Expídanse copias de la sentencia con constancia de su ejecutoria con destino a las partes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ADJUDICACION DE BALDIOS -Imprudencia/INCORA/COMPETENCIA / BIEN FISCAL/ DOMINIO EMINENTE

El Incora -en el sub lite- carece de competencia para dictar la norma acusada -adjudicación de baldío-, porque el lote en cuestión se halla ubicado en el área urbana; quienes fueron favorecidos con la titulación no detentaban el inmueble y tampoco lo explotaban económicamente, y el municipio, no solo ejercía sobre él dominio eminente y sui generis, sino que lo tenía ocupado, mejorado y destinado al uso de la comunidad en calidad de potrero de ferias; el municipio desde tiempo atrás había ocupado y mejorado el lote el cual administraba como un bien fiscal dispuesto para cumplir con una función social de especial significación en la región, de beneficio directo para los asociados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 6994.

Demandados: Incora y otros.

Actor: Municipio de Yopal.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 14 de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual dispuso:

“Declárase inhibido para fallar de fondo el presente asunto”.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

Con fecha de 6 de julio de 1985, el Municipio de Yopal, a la sazón capital de la Intendencia de Casanare y hoy del Departamento del mismo nombre, obrando por conducto de apoderado regularmente constituido y en ejercicio

de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C. C. A., formuló demanda en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora", de Luis Antonio Burgos Jaimes, Alix Burgos de Barrera, Jorge Eliécer Barrera y Héctor Polo García.

Solicita se declare que es nula la Resolución número 00829 del 27 de julio de 1983, por medio de la cual el Jefe del área en la respectiva regional del establecimiento público demandado adjudicó a título de baldío, sin que en verdad el bien tuviera esa condición, a Luis Antonio Burgos Jaimes, Alix Burgos de Barrera y Jorge Eliécer Barrera Leal un lote de terreno con una cabida superficiaria aproximada total de una (1) hectárea y 4.432 metros cuadrados, ubicados en el paraje denominado Veinte de Julio en jurisdicción del municipio que obra como demandante, el cual, desde hacía más de 20 años y de ahí en adelante lo ha mantenido cercado destinándolo al uso de la comunidad como potrero de ferias.

Como consecuencia de esa declaración y a título de restablecimiento del derecho pide: en primer lugar, declarar que las personas naturales antes nombradas carecen en absoluto de derecho para solicitar u obtener la adjudicación como baldío del bien raíz que se dejó identificado al formular la pretensión principal de la demanda; en segundo término, que concomitantemente con la declaración de nulidad del acto administrativo en cuestión se oficie a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Yopal, a fin de que proceda a la cancelación de su inscripción y, en tercer y último lugar, condenar al pago de las costas a las personas naturales vinculadas que resulten vencidas en el juicio.

2. *Fundamentos de hecho*

Aparecen relacionados a los folios 8 a 10 y se reducen en síntesis a lo siguiente:

"Primero. El Municipio de Yopal ha sido dueño y poseedor del lote que fue materia de adjudicación por medio de la Resolución 00829 de 27 de Julio de 1983, desde hace más de veinte años, y lo ha explotado y cercado, ya que en dicho predio se encierran los semovientes que llevan los ganaderos a las ferias del municipio, tan es así, que al lote se le conoce como potrero de ferias.

"Segundo. Es un hecho notorio, que el Municipio de Yopal ha tomado un desarrollo verdaderamente vertiginoso en los últimos diez años y que sus tierras se han valorizado extraordinariamente.

"Tercero. Lo anterior ha llevado a que se presenten situaciones como la que tiene hoy oportunidad de examinar la justicia administrativa. Tres perso-

SECCION TERCERA

nas, en forma mancomunada, solicitan y obtienen la adjudicación de un predio situado en las carreras 21 y 22 y calles 29 y 30 cuyos linderos generales son: “Por el noroeste con la calle 29 y finca la ‘Pinzonera’, con una extensión de 86 metros; por el Suroeste con la calle 30 en una extensión de 87 metros colindando con el Club de Coleo de Yopal; por el Suroeste con la carrera 21 y una extensión de 163 metros colindando con Pablo Alirio Gutiérrez, Luis Flórez y comandante del Grupo Guías de Casanare. Por el noreste con la carrera 22 en una extensión de 161.50 mts., colindando con Obras Públicas Intendenciales”.

“Cuarto. Salta a primera vista, luego de leer los linderos generales del predio, que él no es ningún lote rural, ni ninguna finca ni predio baldío de los muchísimos que hay en Casanare, sino un lote urbano, que colinda con calles, carreras, oficinas públicas y cuya extensión de catorce mil metros cuadrados, no es suficiente para que en él exista una explotación económica como una hacienda. También se concluye que no se halla situado a una distancia mayor de cien metros de las últimas edificaciones que forman el núcleo urbano de Yopal.

“Quinto. Los solicitantes no demostraron la explotación económica del predio:

A. No adjuntaron a las diligencias administrativas que practicó el Incora con motivo de la solicitud de adjudicación sus declaraciones de renta donde se incluyeran en ellas dicho predio.

B. No probaron la posesión en forma legal.

“Sexto. Y si no se acreditó la posesión y explotación económica del predio en la forma que lo establece la ley, el Incora no podía, sin violar ésta, desprender un predio del patrimonio público para pasarlo a propiedad privada.

“Séptimo. No se notificó en legal forma a las personas que dice la ley. En los linderos aparecen entre otros colindantes, Obras Públicas Intendenciales, Club de Coleadores, Grupo Guías de Casanare. Los representantes de estas personas son ampliamente conocidos en Yopal y sin embargo no se les notificó la solicitud de adjudicación en forma personal.

“Octavo. Los adjudicatarios vendieron el lote al señor Héctor Polo García Medina, quien debe ser citado al presente proceso”.

Las normas que se presumen violadas y el concepto de su transgresión, están relacionadas y aparece explicado de manera detallada y amplia a los folios 10 a 19.

3. *La actuación procesal en la primera instancia*

Practicada la notificación del auto admisorio de la demanda el libelo no fue contestado. En consecuencia las pruebas, en el caso sólo pedidas por la parte actora, fueron decretadas por auto del 4 de junio de 1986, siendo allegadas de manera regular y oportuna a los autos (fls. 1 y 2 del cdno. número dos).

Transcurrido el término que se les concedió para que acreditaran los fundamentos fácticos en que se apoyan, tanto la demanda como la impugnación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes pudieran presentar sus alegatos de conclusión y así mismo que la Fiscalía rindiera su vista de fondo (fl. 82); en tal oportunidad Incora, Luis Antonio Burgos, Alix Burgos de Barrera y Jorge Eliécer Barrera guardaron silencio.

La parte actora presentó el memorial visible a los folios 83 a 89, en el que solicita se acceda a las pretensiones impetradas en la demanda incoativa del proceso y sintetiza los cargos formulados afirmando que la actuación administrativa incurrió en serias y diversas irregularidades que resume así: “El denominado ‘Lote Rural’ que adjudicó el Incora se halla localizado a menos de 100 metros de las últimas edificaciones de Yopal, en zona demarcada por calles y carreras, colinda con oficinas y vías públicas, no tiene ninguna explotación económica ni en pastos o ganados, no tiene construida ninguna casa de habitación, no vive ni el propietario ni el mayordomo”. “En ellas, el Municipio de Yopal no estuvo representado legalmente. Posteriormente, después de proferir el Incora la adjudicación, el municipio representado en legal forma acudió a sus oficinas y pidió la revisión de la adjudicación y el Incora le respondió que no tenía facultad para ello y que acudiera a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No le dio oportunidad por tanto al municipio de ejercer los recursos existentes”.

Al referirse al material probatorio, el mismo apoderado enfatiza que él acredita entre otros los siguientes hechos: “Que el predio adjudicado se halla dentro de las vías públicas de Yopal (además es colindante con la Secretaría de Obras Públicas Intendenciales);

b) Que la distancia a la edificación más próxima es de menos de cien metros;

c) Que no tiene ningún signo de explotación económica, a excepción de hallarse cercado y de encontrarse un rancho recientemente construido por el mismo municipio y para que se pudiera practicar la diligencia de inspección judicial;

d) Que el municipio se halla en posesión del lote;

SECCION TERCERA

- e) Que se encuentra actualmente dentro del perímetro urbano de Yopal;
- f) Que del centro al lote no se gastan ni cinco minutos en carro;
- g) Que la Oficina de Planeación de Yopal adjuntó planos del lote y de las calles aledañas, y
- h) Que es por tanto un lote urbano y no ninguna finca rural”.

El mandatario judicial de Héctor Polo García, quien para los fines del asunto *sub lite* figura como propietario inscrito del inmueble por venta que le hicieron los adjudicatarios del Incora, pide que el fallo tenga carácter inhibitorio por carencia del presupuesto de la acción que alude al previo agotamiento de la vía gubernativa. Con esa orientación, subraya que la demanda fue presentada con antelación a que la administración hubiera podido resolver de la solicitud que le hiciera el municipio para que procediera a la revocación directa del acto acusado conforme a lo entonces dispuesto por los artículos 38 de la Ley 135 de 1961 y 16 del Decreto 389 de 1984; para este impugnante, tal actuación constituye un recurso extraordinario de la vía gubernativa que exige ser agotado previamente a que sea incoada la acción.

En subsidio, el mismo apoderado solicita denegar las pretensiones de la demanda, en esencia, con base a estos planteamientos: En primer lugar, a que la parte actora no logró demostrar que en la actuación administrativa se trasgredieron las normas de orden superior que enlista en el libelo demandario; en segundo término, a que la entidad demandante no acreditó su interés para obrar, por cuanto no probó de modo irrefragable tener derecho de propiedad o siguiera haber poseído en los términos previstos en la ley el inmueble materia de la controversia y, en tercero y último lugar, porque en el proceso está debida y fehaciéentemente probado que al momento en que se expidió el acto enjuiciado, el predio era de naturaleza rural, ya que se hallaba fuera de los límites del área urbana determinados por el Concejo Municipal mediante Acuerdo 09 de 1978; así lo estableció, afirma, Daínco y el mismo Incora en el trámite preparatorio. En resumen, la expedición de la resolución acusada se ajustó a todas las prescripciones legales, razón por la cual no existe vicio de nulidad alguno, como ha quedado demostrado (fls. 90 a 119).

La Fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió, opina que se debe resolver favorablemente las súplicas formuladas por la parte actora, en atención a que en los autos aparece suficientemente establecida la situación de hecho narrada en la demanda y ella, indica que aquel *petitum* debe prosperar. Para fundamentar sus apreciaciones, advierte que en los antecedentes administrativos, principalmente en el acta de la diligencia de inspección ocular y el

plano allí levantado, así como en el Acuerdo 009 de 1978, al cual se halla incorporado el plano que entonces elaboró Dainco, consta que el predio en cuestión hace parte de la nomenclatura y se encuentra dentro del perímetro delimitado de la ciudad, en consecuencia, expresa, hubo violación a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 3313 de 1965 que prohíbe adjudicar los terrenos comprendidos en el área urbana señalada por los Concejos Municipales.

A lo anterior, agrega las siguientes reflexiones finales:

“Los mismos solicitantes de la adjudicación lo ubicaron dentro del perímetro urbano al limitarlo por las calles 29, 30 y carreras 21 y 22 (fl. 13). De suerte que no puede quitársele esta característica al predio en mención. Es un lote de terreno urbano que por consiguiente no podía ser adjudicado por el Incora.

Pero, además en la misma diligencia de inspección se incurrió en otra inexactitud en cuanto al área explotada con pastos artificiales ya que si apenas había 1.200 metros no puede ser el 80%, de manera que se pone en duda el área cultivada o explotada. Y esta duda se acrecienta cuando los testimonios recibidos en el proceso de adjudicación y posteriormente en el proceso contencioso administrativo nos hablan de que ha sido siempre un potrero de ferias y si ha sido así, no podía tener pasto artificial en la extensión indicada en dicha diligencia de inspección. Esto lleva a decir al Ministerio Público que realmente nunca existió explotación económica de este predio por parte de quienes resultaron favorecidos con la adjudicación. Y es que no debe confundirse por parte de los técnicos del Incora una explotación ganadera con una agrícola. Si se siembran pastos artificiales, son para la ganadería y allí se dejó constancia que no se constató ganado de ninguna especie. Desde luego que en el momento de la diligencia no podía existir el ganado porque bien podía estar en otro lugar; sin embargo, lo que queremos resaltar es que en la solicitud de adjudicación se habla es de una explotación agrícola que es bien distinta y que supuestamente era la que tenían los adjudicatarios pero que no fue constatada en la diligencia de inspección ocular realizada por la Comisión de Titulación de Baldíos.

En consecuencia, al no cumplirse este requisito, se estaba violando lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 135 de 1961.

En la misma diligencia de inspección ocular practicada por el Incora se dijo que el predio estaba ubicado a más de 250 metros de la última construcción urbana. Esto tampoco es cierto porque si nos atenemos a los

SECCION TERCERA

planos anotados anteriormente, y especialmente a lo que el honorable Tribunal pudo constatar en diligencia de Inspección Judicial, las casas que conforman no el paraje “el 20 de julio” como se hace figurar en la misma acta del Incora, sino el Barrio 20 de Julio, existen construcciones a 20, a 30 metros de distancia y lo que es más importante, las casas ubicadas en el Barrio 20 de Julio están sobre la calle 30 que es la misma que sirve de límite al lote adjudicado. De suerte que si estas construcciones tienen más de tres años, no puede sostenerse que el predio estaba ubicado a más de 250 metros de la última construcción urbana. Por este aspecto, también debe prosperar la petición de nulidad instaurada por el señor Alcalde Especial del Circuito de Yopal”.

4. La sentencia apelada

En el fallo objeto de la alzada, visible a los folios 162 a 176, el *a quo* se declara inhibido para fallar de fondo al hallar probado que el acto administrativo para cuando se planteó la demanda aún no se encontraba en firme y ese aspecto, según la doctrina y la jurisprudencia debía encontrarse cumplido pues está erigido como presupuesto procesal de la acción. Para arribar a esa conclusión, el Tribunal hace las siguientes reflexiones:

“a) La resolución (acusada) fue proferida por la jefatura del área Regional de Casanare del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria el 27 de julio de 1983... y se registró el 8 de agosto de 1983 en la misma ciudad de Yopal (fl. 3 del C. 1)”;

“b) Que el Municipio de Yopal solicitó la revocatoria del acto con fecha del nueve (9) de diciembre de 1983. Conforme a la constancia de la Secretaría Jurídica del Incora (Subgerencia Jurídica), visible al folio 132 del cuaderno segundo, sólo hasta el nueve (9) de noviembre de 1984 el Instituto de Reforma Agraria ordenó tramitar el recurso...”.

“Observa el Tribunal que el recurso interpuesto es el previsto en el artículo quinto de la resolución citada y que hace referencia al inciso cuarto del artículo 38 de la Ley 135 de 1961 (Ley 4ª de 1973, art. 16) que concede dos (2) años para interponerlo”.

“El Instituto de Reforma Agraria, obedeciendo las disposiciones legales de entonces (Ley 135/61 y Ley 167/41) procedió a dar trámite al recurso o ‘acción especial’ que pretendía la revocatoria de su acto”;

“e) Con providencia del catorce (14) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Incora dispone adelantar el proceso de revisión

impetrado y designa al abogado del Instituto Asdrúbal Quiroga para 'que levante dicho informativo', éste se adelanta con la audiencia e intervención de las partes interesadas y del Procurador Agrario de Casanare (fls. 139, 140, 141, 143, 144).

"Culminado el proceso de revisión del Instituto de Reforma Agraria 'Incora' profiere la Resolución 003274 del cuatro (4) de julio de 1986 mediante la cual se dispuso: "No revocar la Resolución número 00829 de julio 27 de 1983 expedida por el jefe del área Regional de Casanare" (fl. 166, C. 2).

"Significa lo anterior que la resolución tantas veces nombrada quedó en firme solamente al momento de la ejecutoria de la Resolución 003274 del cuatro (4) de julio de 1986;

"f) Ahora bien, la demanda de anulación que el mismo Municipio de Yopal instauró por conducto de su apoderado el doctor Horacio Perdomo está presentada el seis (6) de julio de 1985 ante el Tribunal de Cundinamarca y se recibió ante el competente de Boyacá el 25 del mismo mes y año (1985) (fl. 23). Demuestra lo anterior que la demanda ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se introdujo mucho tiempo antes de que el acto demandado cobrara ejecutoria y quedase en firme. Es evidente que estaba pendiente la definición del recurso que el propio demandante había interpuesto contra el acto administrativo del Incora. La premura y diligencia demostrada por el municipio en defender sus pretendidos derechos no pudo purgar en manera alguna la notoria demora del Incora en tramitar la demanda o recurso de revisión interpuesto. Como resultado de esta situación se tiene que la demanda no se instauró contra un acto en firme y ejecutoriado, pues como acaba de anotarse, estaban pendientes la resolución del recurso de revisión. Sobre él no se había vertido en forma definitiva y clara la voluntad de la administración para mantenerlo o desecharlo frente a la impugnación de que había sido objeto".

Como aspecto adicional en que apoya su determinación, el *a quo* afirma:

"Se demandó la Resolución 00829 del 27 de julio de 1983, expedida por el Incora, área Regional de Casanare, pero no se demandó la resolución que la confirmó, es decir, la 003274 de julio 4 de 1986, expedida por la misma entidad".

5. Los alegatos en la segunda instancia

Inconforme con la determinación adoptada en la providencia que se dejó extractada, el apoderado de la parte actora la apeló oportunamente. En el

SECCION TERCERA

memorial en que sustenta el recurso, solicita revocar la providencia objeto de la impugnación y en su lugar, conforme a lo que aparece demostrado en el plenario despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Señala el recurrente que la resolución por medio de la cual se adjudican los bienes baldíos constituye de por sí un acto definitivo susceptible por tanto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C. C. A., cuyo término de caducidad se cuenta a partir de su notificación o de su publicación en el Diario Oficial, si fuere el caso; igualmente, que la solicitud y la decisión sobre su revocación directa en nada incide en su ejecutoria por cuanto se limita a una actuación posterior y autónoma. “Erró por tanto la sentencia en forma protuberante y manifiesta al sostener que se ha debido demandar también el acto administrativo que decidió sobre la petición de revocatoria de la resolución de adjudicación. Si se hubiera seguido tal vía, entonces se habría dicho con seguridad que la acción había caducado porque la petición de revocatoria se resolvía con posterioridad a los dos años contados desde el día que se dictó la resolución de adjudicación. No tiene, por tanto, ninguna consistencia jurídica el argumento medular de la sentencia y si no lo tiene amerita su revocación para dictar providencia de mérito” (fls. 183 a 194).

En el término del traslado que se le dio para que presentaran sus puntos de vista en esta instancia, el Ministerio Público guardó silencio (fls. 199 y 217). Oportunamente tanto la parte actora como el apoderado de Héctor Polo García, tercero interviniente, presentaron los escritos que obran a los folios 200 a 201 y 203 a 214, en los cuales además de reiterar los planteamientos que han esgrimido en el curso de la actuación, hacen las siguientes precisiones adicionales: El primero, que la providencia acusada quedó ejecutoriada desde la fecha de su notificación, pues solo era posible del recurso de reposición, que no se interpuso entre otras cosas por no tener carácter obligatorio; el segundo, sostiene que de aceptarse la tesis de la entidad demandante debe declararse la caducidad de la acción, pues ella ha debido impetrarse dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria de la resolución, ya que, afirma, “las acciones de impugnación pertinentes eran las establecidas por la Ley 167/41, por cuanto no eran aplicables las disposiciones del Decreto 01/84, por expreso mandato del artículo 266 de este estatuto en concordancia con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primero. Para la Sala el fallo objeto del recurso de apelación no debe confirmarse y será revocado por las siguientes razones:

A. El artículo 38 de la Ley 135 de 1961, texto vigente para cuando se dictó la providencia acusada, regulada tanto lo concerniente a la revocación directa como la acción de restablecimiento especial, que procedían contra las resoluciones de adjudicación de los baldíos nacionales hecha por el Incora. La revocación directa en ese caso, tenía sus reglas propias en cuanto a las causales que la hacían viable, lo mismo que sobre el plazo preclusivo dentro del cual debía adelantarse y así, preceptuaba: “El Instituto podrá verificar con citación del adjudicatario, dentro de los dos (2) años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencia de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. Si hallara inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo”.

La acción contencioso-administrativa especial allí prevista, no estaba limitada a la inexactitud o falsedad del acervo probatorio, sino que tenía un campo más amplio como era el de la trasgresión de las disposiciones contenidas en aquel estatuto de la de la reforma agraria y al efecto expresaba: “Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o cualquiera otra persona, dentro de los dos (2) años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el *Diario Oficial*”.

Ahora, lo concerniente a la vía gubernativa y las acciones contencioso-administrativas ordinarias que cabían contra tales actos se gobernaba por la siguientes reglas contenidas en el artículo 42 de la misma obra, del siguiente tenor: “contra las resoluciones que dicte el instituto en lo relacionado con la adjudicación de baldíos, procederá el recurso de reposición para agotar la vía administrativa. Pero sin necesidad de solicitar tal reposición, los interesados podrán intentar las acciones contencioso administrativas correspondientes en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente”.

Desde esa oportunidad y hasta la entrada en vigencia del Decreto 01 de marzo de 1984, se observó que coexistían términos diversos dentro de los cuales era viable promover las acciones encaminadas a obtener la anulación de aquellas providencias y así, era diferente el consagrado para ejercitar la acción especial prevista en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, con relación a las ordinarias consagradas en el citado artículo 42 y en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941. Esa inconsistencia y con base a razones de equidad y de justicia, fue resuelta por el Consejo de Estado en el sentido de que el término

SECCION TERCERA

de la caducidad debía regirse por la primera de las citadas, es decir, que en todos los casos el plazo preclusivo era de dos años. La jurisprudencia esbozada, puede verse en las sentencias de enero 24 de 1983 (Expediente No. 3122, Actor: Alirio Enrique Baute); marzo 3 de 1983 (Expediente No. 3083, Actor: Sociedad Sucesores de David Dager, y de 5 de mayo de 1989 (Expediente No. 3645, Actor: Jaime Rodríguez Camacho).

B. El Decreto 01 de 1984 derogó expresamente las disposiciones que se dejaron anotadas de la Ley 135 de 1961 y al mismo tiempo, en su artículo 136, hizo suyo el anterior criterio jurisprudencial al establecer que la acción restablecedora del derecho en ese preciso evento caducará al cabo de dos años contados desde la publicación, cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria, en los demás casos”.

C. La preceptiva comentada de la legislación agraria, se complementaba con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Decreto 2733 de 1959, que decían:

“Art. 22. La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo y en relación con providencias o actos ejecutoriados o que se hallen sometidos al control de los Tribunales Contenciosos Administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado sentencia definitiva”.

“Art. 23. Ni la petición de revocación de un acto, ni la providencia que sobre ella recaiga, reviven los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contencioso-administrativas”.

Aún aceptando sólo en gracia de discusión que la solicitud de revocación directa tenía el carácter de obligatoria como recurso extraordinario exigible en la vía gubernativa, igualmente resulta palmario el desacierto del *a quo* en la sentencia apelada; no apreció correctamente los supuestos fácticos y jurídicos y por ello, paso por alto considerar que transcurrido un mes desde cuando aquella fue hecha y entretanto la administración no hizo absolutamente nada para darle curso y resolverlo, se entendía agotada la vía gubernativa, punto de partida para el cómputo del término de la caducidad que dejaba expedito el campo para incoar las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo según lo que establecía el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, sustituido ahora por el artículo 60 del C. C. A.

Con las precisiones hechas anteriormente, cabe concluir: que el acto administrativo cuestionado cobró ejecutoria desde su notificación a los adjudicatarios y desde su anotación en el registro, para los terceros

interesados; que la solicitud de revocación directa impetrada por el municipio, fue hecha cuando ya se encontraba en firme aquella providencia y que ella no estaba contemplada como recurso de la vía gubernativa entendido como aquel medio que constituye presupuesto material de la acción contencioso-administrativa incoada y, por último, que esa acción está incoada dentro del plazo legal mediante demanda que reúne los requisitos formales exigidos en las normas procesales. Así las cosas, pues, se impone revocar la decisión jurisdiccional recurrida, lo cual se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

Segundo. Sea lo primero advertir que para la Sala deberá anularse la resolución acusada, pues de acuerdo con la preceptiva legal de orden superior que debió observarse y al material probatorio analizado, el Incora carece en absoluto de competencia para dictarla, en suma, porque el lote en cuestión se halla ubicado en el área urbana, que quienes fueron favorecidos con la titulación no detentaban el inmueble y tampoco lo explotaban económicamente, y finalmente, en razón a que el Municipio de Yopal no sólo ejercía sobre él, dominio eminente y *sui generis*, sino que lo tenía ocupado, mejorado y destinado al uso de la comunidad en calidad de potrero de ferias. Al efecto, es necesario hacer las siguientes precisiones:

A. En lo referente al aspecto que constituye el punto central de la controversia, el artículo 4º del Decreto 3313 de 1965 dispone que “los terrenos baldíos comprendidos dentro del área urbana señalada por los Concejos Municipales o de aquella que resulte de aplicar el criterio del artículo 3º del Decreto 59 de 1938, no serán adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y estarán sometidos a las normas contempladas en la Ley 137 de 1959 y del Decreto 1943 de 1960”.

Para el caso en estudio, la norma ante citada debe interpretarse en el sentido de que señala dos medios diferentes para dilucidar la cuestión referente a si un bien raíz está o no situado en el área urbana: La primera, a través del Acuerdo Municipal que lo haya delimitado, manteniéndolo actualizado, es decir, que esté conforme con la situación fáctica, particular y concreta en la que haya de realizarse la confrontación; la segunda hipótesis, precedida de la proposición copulativa o “tiene cumplida aplicación en aquellos eventos en los cuales el Concejo Municipal no ha expedido el acuerdo correspondiente o éste se halla desactualizado y disconforme con la realidad objetiva, como ocurre en el presente caso”. En la segunda alternativa “se tendrá como fundo o predio rural el que se halle situado a una distancia no mayor de cien (100) metros de las últimas edificaciones que forman el núcleo urbano de la respectiva población...”.

SECCION TERCERA

La interpretación que hicieron los funcionarios locales del Incora, resulta a todas luces inadmisibles, pues como se aprecia del examen desprevisto del acervo probatorio, en la actuación era claro e indiscutible que el inmueble pretendido estaba ubicado dentro de la zona urbana de la entonces capital de la Intendencia Nacional de Casanare, convertida hoy en Departamento. Basta ver el escrito que contiene la solicitud de adjudicación, para entender sin mayor esfuerzo que el bien no era rural; ella reza:

“Que en calidad de colono (s) solicita (n) se le (s) adjudique, de conformidad con las normas legales, el predio baldío denominado (Cras. 21 y 22 y calles 29 y 30) “Lote Rural” ubicado en el paraje de 20 de Julio, Inspección de Policía de XXXXX, Corregimiento de Yopal, Municipio de Yopal, Comisaría de ... Intendencia de Casanare, Departamento de ..., el cual dista 250 mts. kilómetros del poblado de Yopal y cuya extensión aproximada es de 14.000 metros cuadrados.

“Los nombres de los colindantes y los linderos generales del predio son:

a) Por el noroeste con la calle 29 y finca ‘La Pinzonera’, con una extensión de 86 metros;

b) Por el sureste con la calle 30 en una extensión de 88 metros colindando con el Club de Coleo de Yopal;

c) Por el suroeste con la carrera 21 y una extensión de 163 metros colindando con Pablo Alirio Gutiérrez, Luis Flórez y Comandante del Grupo Guías de Casanare;

d) Por el noreste con la carrera 22 en una extensión de 161.50 metros colindando con Obras Públicas Intendenciales”.

Esa situación geográficamente hablando, aparece plenamente confirmada en el acta de la diligencia de inspección ocular realizada el 13 de diciembre de 1982, en el plano incorporado al título y en la resolución que culminó el trámite administrativo (fls. 34 a 36, 46, 54 y 55 del C. 2). El acta de la diligencia de Inspección Judicial practicada en el proceso, visible a los folios 66 a 70 del C. 2, igualmente resulta demostrativa de que el inmueble solicitado efectivamente se halla circundado por calles y carreras de la nomenclatura urbana y además, que colinda por todos sus costados con edificaciones gubernamentales y habitacionales, que en su conjunto conforman el Barrio 20 de Julio, indudable e indiscutible perímetro urbano de la ciudad de Yopal.

B. El Incora no debió dictar la resolución acusada, pues en ningún momento los interesados en la titulación le acreditaron estar en posesión del

lote y menos tenerlo explotado en más del 66%; conforme lo prescribe el inciso 2º artículo 29 de la Ley 135 de 1961 “el peticionario deberá demostrar que tiene bajo su explotación las dos terceras partes al menos de la superficie cuya adjudicación solicita”.

La ausencia de la tenencia y explotación agropecuaria del bien raíz por quienes ilegalmente se hicieron al título de propiedad privada que habrá de anularse, se evidencia en el acta de la inspección ocular del trámite administrativo; según el documento, allí no se ha construido vivienda, no hay cultivos ni ganados y pese a lo único que en verdad existía como eran los cercos, estos no fueron puestos por aquellas personas naturales, sino por el municipio. Es preciso anotar, que también se dejó la constancia de la existencia, en parte, de pasto artificial de la variedad puntero, que en nada se justificaba al carecer de ganados, el que por extraña razón desapareció sin dejar siquiera vestigios para las inspecciones realizadas posteriormente.

Revisado el material probatorio, brilla por su ausencia y llama la atención el hecho de que la parte demandante y el tercero impugnante, adicional a documentos elaborados por los funcionarios del Incora, nada prueban para demostrar la preexistencia de su ocupación o posesión y explotación del lote.

C. Desacertó la entidad demandada, al no apreciar que el municipio desde tiempo atrás había ocupado y mejorado el lote en cuestión, el cual administraba como un bien fiscal dispuesto para cumplir con una función social de especial significación en la región, de beneficio directo para los asociados, vale decir, para servir de potrero de las ferias ganaderas. Por eso el Personero al notificarse de la solicitud dejó la siguiente constancia “El Agente del Ministerio Público se opone a esta adjudicación por cuanto este lote de terreno es propiedad del municipio y hace varios años que lo ocupa el potrero de ferias”; Incora, rechazó la oposición con argumentos que contrastan con nuestro ordenamiento jurídico, como puede verse en su auto de 7 de junio de 1983 (fls. 49 y 50 del C. 2).

Valoradas las declaraciones rendidas por los señores Luis Felipe Pérez, Domingo Durán Medina, César Augusto Pinzón, José Robinson Prada y Julio César Pérez (fls. 74 a 80 del C. 2), testimonios responsivos, desinteresados y armónicos con el resto de los medios de prueba, entre ellos la testifical recibida por el propio Incora en la inspección que realizó el 11 de abril de 1985 a los señores José Domingo Mora, Edilberto Pérez, Héctor Gómez y Fausto Pinzón Pinzón, queda probado que aproximadamente desde 1970 y con recursos propios el Municipio de Yopal cercó, limpió, vigiló, administró y

SECCION TERCERA

destinó a potrero de ferias aquel bien raíz y además que esa situación se ha mantenido sin interrupción hasta la fecha.

Con respaldo en las probanzas que se dejaron analizadas, se concluye que en realidad la actuación administrativa y la providencia que la culminó violaron en forma ostensible las disposiciones de orden superior a las cuales debían sujetarse. Como corolario de ello y en razón a que fue desvirtuada la presunción legal de validez que amparaba el acto acuerdo, deberá declararse la nulidad impetrada en la demanda y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la cancelación de su anotación en el registro público.

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

FALLA:

Primero. *Revócase* la sentencia apelada, esto es, la de 14 de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Segundo. *Declárase* la nulidad de la Resolución número 00829 de 27 de julio de 1983, mediante la cual el jefe del área Regional de Casanare del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora", adjudicó a título de baldío a los señores Luis Antonio Burgos Jaimés, Alix Burgos de Barrera y Jorge Eliécer Barrera Leal, un lote de terreno, cuya extensión fue calculada en aproximadamente 1-4432 hectáreas, cuyos linderos aparecen descritos en la misma providencia, bien fiscal del Municipio de Yopal de la entonces Intendencia, hoy, Departamento de Casanare.

En firme este fallo, compúlsense copias con destino a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Yopal, a fin de que en el folio de Matrícula Inmobiliaria número 470-0009299 proceda a cancelar definitivamente la inscripción de la resolución que se dejó anulada y como consecuencia, de todas las demás anotaciones y transmisiones del dominio o gravámenes que como consecuencia de ella se hubieren efectuado a favor de Héctor Polo García Medina, o cualesquiera otra persona natural o jurídica; y a la Notaría 14 del Círculo de Bogotá, para que tome atenta nota de lo dispuesto, en la Escritura Pública número 3043 de septiembre 14 de 1983.

Tercero. *Deniéganse* las demás súplicas de la demanda.

Cuarto. Expídanse copias a las partes de este fallo, con constancia de su ejecutoria, bajo observancia de lo prescrito por el artículo 115 del C. de P. C.

Cópiase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

EXP. - 6994

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La falla del ICEL se desprende no propiamente del negocio societario y del capital que aportó a la Electrificadora, sino de la circunstancia de que al ICEL le incumbía a la sazón vigilar el cumplimiento de las normas técnicas y de seguridad para la prestación del servicio de energía eléctrica y para las instalaciones eléctricas de toda naturaleza en el territorio nacional. Una línea de energía que por sí sola crea un riesgo especial que impone una carga excepcional a los terceros, agudiza la situación al caer al suelo y quedar energizada, cuando de haber estado correctamente instalada nada habría pasado y menos si hubieran operado los mecanismos de corte de la energía tan pronto cayó la línea de sus soportes. En otras palabras, la vigilancia ejercida sobre los mecanismos de seguridad fue mala o deficiente y propició el daño.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Ref.: Expediente número 7506.

Indemnizaciones.

Actora: Maximiliana Céspedes y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de mayo de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

“1. Declarar a la Electrificadora del Tolima S. A. ‘Electrolima’ y al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ‘ICEL’ administrativamente responsables en forma solidaria por riesgo especial o excepcional, de la muerte de Gregoria Varón Céspedes y Luz Mary Varón acontecida el día

18 de febrero de 1989 en la finca La Florida, vereda la isla, jurisdicción del Municipio del Guamo-Tolima”.

“2. Condenar a la Electrificadora del Tolima S. A. ‘Electrolima’ y al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ‘ICEL’ a pagar a Maximiliana Céspedes Vda. de Varón, en calidad de madre de la extinta Gregoria Varón Céspedes, José Luis García, como esposo legítimo de la finada Luz Mary Varón y a sus menores hijos Diana Patricia y José Luis García Varón, representados por este último, la suma equivalente en pesos colombianos a un mil (1.000) gramos oro a cada uno como indemnización por perjuicios morales, que serán cancelados conforme al precio oficial que tenga este metal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia”.

“3. Condenar a la Sociedad Comercial Anónima y al Establecimiento Público indicados en el punto inmediatamente anterior a cancelar a los señores Pedro Antonio, Isabel, Dolores, María Cleofe, Alvaro, José Ignacio, Libardo, Ernesto y Luis Enrique Varón Céspedes, en calidad de hermanos de la fallecida Gregoria Varón Céspedes, por concepto de perjuicios morales, quinientos (500) gramos oro individuales, convertidos en pesos colombianos de acuerdo al precio que tenga este precioso metal a la ejecutoria del fallo, según certificación del Banco Emisor”.

“4. Negar el resto de pretensiones de la demanda.

“5. Esta sentencia se cumplirá dentro del término del artículo 176 e inciso 5º del 177 del Código Contencioso Administrativo”.

En la demanda presentada el 15 de febrero de 1991 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que el día 18 de febrero perecieron electrocutadas en el Municipio del Guamo, Vereda la Isla, finca La Florida, la señora Gregoria Varón Céspedes y su hija Luz Mery Varón, al hacer contacto con una línea de conducción de 34.200 voltios de la Electrificadora del Tolima S. A. (se entiende de 1989).

2. Que la señora Luz Mery Varón nació en El Espinal el 17 de marzo de 1959 y murió a la edad de 30 años; estaba casada con José Luis García y era madre de José Luis y Diana Patricia García Varón, menores de edad.

3. Que la señora Gregoria Varón Céspedes y los 9 hermanos que le sobreviven vivían bajo un mismo techo, con la madre común, señora Maximiliana Céspedes, quienes también resultaron damnificadas.

El tribunal luego del trámite de la instancia decidió en la forma indicada atrás.

SECCION TERCERA

La parte demandada interpuso apelación y sustentó su recurso a folios 168 y siguientes.

Cumplido el procedimiento de la segunda instancia es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

En esta etapa procesal, el Ministerio Público por conducto de su Procuradora Segunda delegada, doctora Edné Cohen D., emitió su concepto en el sentido de revocar la sentencia *de a quo* para, en su lugar, inhibirse frente a la Electrificadora del Tolima y absolver al Icel por haberse desvirtuado la responsabilidad administrativa que se le imputa. De esa vista fiscal se destaca:

“Este despacho con fundamento en el material probatorio que obra en el expediente, advierte que una de las entidades demandadas, la Electrificadora del Tolima S. A., según consta en la Escritura de Constitución número 907 de mayo de 1955 y en sus estatutos, es una sociedad de economía mixta descentralizada indirecta del orden nacional vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía, sociedad en la que por razón de poseer el Estado más del 90% de su capital social, se somete al régimen jurídico previsto, para las empresas industriales y comerciales del Estado. El artículo 57 de sus estatutos señala que los actos y hechos que la sociedad realice para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales, estarán sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia”.

“Así las cosas y siguiendo las normas sobre competencia, deberá concluirse que por no estar atribuido este litigio a la jurisdicción contenciosa, la competente para conocer del mismo será la ordinaria, razón por la cual deberá anularse lo actuado en relación con dicha entidad, e inhibirse de fallar el fondo del asunto planteado en relación con la misma”.

“La otra entidad demandada, el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ‘ICEL’, según se estipula en los estatutos de la Electrificadora del Tolima S.A., ‘...ejercerá la tutela administrativa, financiera y técnica de la sociedad y se coordinarán éstas con la política general del Gobierno Nacional...’. El ‘ICEL’ pertenece a la categoría de Establecimiento Público y como tal, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1050 de 1968 -artículo 5º-, es un organismo creado por la ley encargado principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho privado”.

“El control de tutela gubernamental a que se hace referencia se define en el artículo 7º del Decreto 1050 de 1968 como el conjunto de medidas que, respecto de las entidades descentralizadas ejercen las autoridades centrales con el fin de controlar las actividades de aquellas y lograr su coordinación con la política general que haya adoptado el gobierno mismo. Tradicionalmente los tratadistas la definen como el ‘conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos, con el fin de proteger el interés general’”.

“El control de tutela no implica responsabilidad solidaria ni compartida, pues el ente descentralizado, por el hecho de gozar de personería jurídica y patrimonio propio, es el único que puede comprometer su responsabilidad en ejercicio de sus actividades”.

“El control de tutela simplemente implica que el organismo central, de acuerdo con la ley, aprueba algunos actos del organismo vigilado, o participa con su voto positivo en la Junta Directiva para tomar determinadas decisiones. Pero el ente descentralizado obra autónomamente.”

“Con base en el análisis que precede observa esta Agencia del Ministerio Público que en aras del control de tutela que el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, ejerce sobre la empresa Electrificadora del Tolima S. A., no puede atribuirse a este organismo estatal, responsabilidad administrativa alguna por la muerte de las severas Gregoria y Luz Mery Varón, pues el hecho causante de dicho accidente, como fue la ruptura y caída de un cable de alta tensión en una zona rural del Departamento del Tolima, es algo que se sale de la órbita directa de ingerencia del ICEL”.

Para la sala, la sentencia apelada merece ser confirmada ya que la Sala la encuentra ajustada a la realidad procesal y sustantiva, en lo fundamental. Se hace esta afirmación que el análisis probatorio hecho por el tribunal muestra:

- a) Que la señora Gregoria Varón Céspedes y Luz Mery Varón murieron electrocutadas en el sitio indicado en la demanda;
- b) Que su muerte fue causada por las líneas de alta tensión que estaban sobre el piso, energizadas, el día 18 de febrero de 1989;
- c) Que las entidades demandadas no demostraron causal alguna de exoneración.

A ese respecto dijo el tribunal:

SECCION TERCERA

“Está probado en el proceso satisfactoriamente que las señoras Gregoria Varón Céspedes y Luz Mery Varón fueron encontradas electrocutadas por redes eléctricas de alta tensión caídas en la hierba, el día 18 de febrero del año de 1989, en la finca La Florida de la Vereda la Isla, jurisdicción del Municipio del Guamo-Tolima como lo atestiguan los señores Alonso Martínez Prada y Jairo Sabogal, quienes llegaron al teatro de los acontecimientos momentos posteriores al fallecimiento”.

“Este hecho no hay que ponerlo en duda por no obrar en el proceso las respectivas diligencias de necropsia de las finadas porque los anteriores testigos las encontraron electrocutadas carbonizadas, enredadas en las cuerdas conductoras de energía, y la parte demandada no demostró que la muerte hubiere ocurrido por otra causa. Es más, generalmente el fallecimiento por electrocución origina paro cardíaco, situación que de todas maneras debió desvirtuar la Electrificadora del Tolima S. A., y el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, pues en los Registros de Defunción se indica que la causa del deceso fue paro cardíaco”.

“El Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, antes del Decreto 3175 del 26 de diciembre de 1968 Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico y la Electrificadora del Tolima S. A., son responsables de la muerte de Gregoria Varón Céspedes y Luz Mery Varón pues siendo los organismos encargados de explotar las plantas generadoras, líneas de transmisión, subestaciones y redes de distribución de energía eléctrica y prestar el servicio público de alumbrado en todo el Departamento del Tolima como se desprende de la Escritura de Constitución de la Segunda número 907 del 24 de mayo de 1955 de la Notaría Segunda de Ibagué, reforma del año de 1990 por Escritura Número 306 de la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué, Certificado de existencia y representación de la Sociedad Comercial Anónima Centrales Eléctricas S. A, Electrolima, de la Cámara de Comercio de la misma ciudad y las declaraciones de los empleados Héctor Guzmán Meneses y Germán Ospina Torres, impusieron un riesgo especial a todos los ciudadanos tolimenses y que vino a materializarse desgraciadamente en particular al perder la vida las ya mencionadas, por electrocutamiento ante la caída de redes que conducían energía por la finca la Florida, Vereda la Isla del Municipio del Guamo de nuestro departamento.”

“La responsabilidad por la muerte de Gregoria Varón Céspedes y Luz Mery Varón es solidaria porque si bien la Electrificadora del Tolima es una Sociedad Comercial Anónima, según el certificado de la Cámara de

Comercio de Ibagué y Escrituras de Constitución y Reforma el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, es quien aprueba las gestiones de la sociedad y ejerce el control de tutela sobre sus actividades, y además este organismo descentralizado del orden nacional no cuestionó la imputación pues guardó absoluto silencio”.

“Centrales Eléctricas del Tolima S. A., y el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, no se les puede exonerar de la responsabilidad solidaria que le imputan los demandantes por la muerte de sus seres queridos, pues no hay la mínima prueba de que las víctimas hayan tenido culpa exclusiva o el hecho determinante de un tercero ni menos fuerza mayor, por que en primer lugar la sociedad comercial anónima al contestar la demanda no dijo al razonar la defensa que hechos constituían estos medios exculpativos y cuáles eran las pruebas. En segundo lugar los argumentos dados por la misma en los alegatos de conclusión son simples apreciaciones y carentes de respaldo probatorio, ya que esta demandada tenía que demostrar certeramente que las finadas se habían causado su propia muerte, intervención de un tercero, o una fuerza externa que hubiere influido en el desprendimiento de las redes eléctricas. En tercer lugar el ICEL guardó absoluto silencio, en razón a que no contestó la demanda ni intervino en el proceso para defenderse. Y en quinto lugar si no se supo la causa del desprendimiento de los cables es más comprometedora la responsabilidad de las demandas porque las líneas de transmisión de energía y la prestación del servicio público eléctrico es un riesgo de naturaleza especial o excepcional, que coloca a los ciudadanos en inminente peligro, que al causarse un daño debe indemnizarse si no se demuestra las causales exonerativas ya referidas”.

Visto lo precedente la Sala precisa, en atención a lo alegado por la procuradora delegada ante este despacho, los siguientes aspectos:

- a) La jurisdicción competente;
- b) La responsabilidad solidaria;
- c) La conclusión.

a) La jurisdicción competente

Si bien es cierto la Jurisprudencia reiterada de la Sala indica que las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se juzgan ante la jurisdicción ordinaria, dada la normatividad especial que rige a ese respecto (art. 31 del

SECCION TERCERA

Decreto 3130 de 1968) no es menos cierto que cuando en la demanda se citan éstas al proceso en litisconsorcio con un establecimiento público, que, como tal, esta dotado de fuero especial, al cual también se le imputa responsabilidad solidaria, el juez competente será el de este último para todos los efectos, dándose así lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como fuero de atracción. A este respecto la Sala sigue la orientación marcada por esta misma Sala, en el sentido de que al darse el aludido fuero todas las partes llamadas al proceso pueden ser juzgadas por el mismo juez (Sentencia marzo 8 de 1979, proceso 2230, ponente Jorge Valencia Arango). Se entiende para estos efectos que exista razón legal y fáctica que justifique la pretensión contra todos los citados al proceso.

b) *La responsabilidad solidaria*

Con sujeción a la ley que en materia de solidaridad es precisa al indicar que esta surge solo de ella, del contrato o del testamento, en el caso concreto se dio ese fenómeno porque el daño, tal como lo muestran los autos, fue causado en forma concurrente por los dos entes demandados. Circunstancia que está expresamente contemplada en el artículo 2344 del C.C. en los siguientes términos:

“Art. 2344. Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

“Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”. C. Civil.

Esta solidaridad nace así de la ley y no solo de la circunstancia de que el ICEL ejerza tutela sobre la Electrificadora del Tolima S. A., en los términos del artículo 7º del Decreto 1050 de 1968.

El acervo probatorio muestra que las líneas de alta tensión conductoras de la energía administrada por la empresa no solo estaban reventadas y sobre el suelo sino energizadas. Esto muestra que el servicio funcionó mal, ya que tan pronto se produjo el rompimiento de los soportes debió cortarse el fluido eléctrico para evitar perjuicios a los terceros.

Fue tan evidente esa falla que ni siquiera hay que apelar en el caso *sub judice* a la tesis de la responsabilidad presunta, en la que, tal como se ha venido sosteniendo, ni siquiera hay que probar la falla sino el hecho perjudicial y el daño; y en la cual tampoco le basta a la administración alegar la diligencia y

cuidado porque solo se exonera por fuerza mayor (no caso fortuito), culpa exclusiva de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero.

La falla del ICEL se desprende no propiamente del negocio societario y del capital que aportó a la Electrificadora, sino de la circunstancia de que al Icel le incumbía a la sazón vigilar el cumplimiento de las normas técnicas y de seguridad para la prestación del servicio de energía eléctrica y para las instalaciones eléctricas de toda naturaleza en el territorio nacional, en los términos del Decreto 1485 de 1970, artículo 3 literal II. Esta previsión se repite hoy en el Decreto 1516 de 1992 (numeral 8º del artículo 1º). Es apenas obvio que falló esa vigilancia y se comprometió su responsabilidad en forma solidaria con la Electrificadora. Una línea de energía que por sí sola crea un riesgo especial que impone una carga excepcional a los terceros, agudiza la situación al caer al suelo y quedar energizada, cuando de haber estado correctamente instalada nada habría pasado y menos si hubieran operado los mecanismos de corte de la energía tan pronto cayó la línea de sus soportes. En otras palabras, la vigilancia ejercida sobre los mecanismos de seguridad fue mala o deficiente y propició el daño.

c) La conclusión

Como se observa, la sentencia será confirmada en los términos señalados por el tribunal. La condena impuesta por perjuicios morales se ajusta a la jurisprudencia de la sala. En este campo la sola prueba del parentesco (correctamente aportada) es suficiente para acreditar el carácter que de damnificados tienen los actores.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 5 de mayo de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión del día 4 de febrero de 1993.

SECCION TERCERA

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Nota de Relatoría. En igual sentido puede consultarse el auto de febrero 16 de 1993, expediente 7681, actor: Néstor Restrepo Echeverry, ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo.

CONCILIACION / AUTO INTERLOCUTORIO / RECURSO DE APELACION

La conciliación misma, contenida en el acta correspondiente, forma con el auto que decide su aprobación o su rechazo una unidad definitoria. Por esa misma razón dentro de la misma acta de conciliación deberá proferirse la decisión que la aprueba o imprueba. Esto por razones de economía procesal y de descongestión. Pese a los efectos de cosa juzgada, el auto así conformado no es más que una decisión interlocutoria que, como tal, tiene el recurso propio de tal clase de providencia. Así, uno es el recurso si la conciliación se decide en asunto de única instancia o durante la segunda instancia y otro, si se decide en primera instancia. En los primeros eventos será solo susceptible de reposición, y en el segundo, de apelación. Todos los autos de terminación anticipada del proceso expedidos en primera instancia, que tienen el alcance de sentencia y el efecto de la cosa juzgada, son siempre apelables.

ACTO CONTRACTUAL / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/CONCILIACION

La conciliación en el proceso contencioso administrativo se redujo a las acciones de reparación directa y a las controversias contractuales. El sub lite es de carácter contractual, pese a que en la controversia estén involucrados actos administrativos. Las controversias contractuales pueden tener origen en el contrato mismo, en los hechos de ejecución y cumplimiento del objeto contractual, o en los actos administrativos contractuales, o sea los expedidos por la administración luego del perfeccionamiento del contrato. En tal sentido, la controversia frente a tales actos no deja de ser contractual para convertirse en de restablecimiento, ya que esos actos, que son inseparables del contrato, al incidir en la relación negocial misma pueden desconocer o vulnerar los derechos del

SECCION TERCERA

contratista y dar origen a un litigio, bien circunscrito a los efectos del acto o proyectado sobre la relación general.

CONCILIACION/TRANSACCION - Diferencias

La administración al acordar como lo hizo, no concilió la legalidad de los actos contractuales, sino los efectos que produjeron en torno a la relación contractual misma. No puede medirse la conciliación con el mismo rasero de la transacción porque las dos formas de terminación anticipada, aunque contienen algunos elementos comunes, presentan regulación, alcances y efectos diferentes. Si bien es cierto el Decreto 2651 de 1991 habla que las diferencias conciliables son las susceptibles de transacción, no significa esto que exista la asimilación en las dos figuras, sino que estas diferencias deben referirse a los aspectos económicos o patrimoniales del litigio y no a las propiamente legales que no son negociables y para los cuales sobra la advertencia legal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Ref.: Expediente número 7633.

Apelación auto.

Actor: Inter - Socotel.

Procede la Sala a decidir la apelación del auto de junio 30 de 1992, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Meta negó el acuerdo conciliatorio logrado por las partes en el presente proceso y de que da cuenta el acta de 10 de junio de 1992 (a fl. 340 del cdno. ppal.).

El acuerdo logrado quedó concretado en los siguientes términos:

“Primero. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones no hará efectivos los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya legalidad se debate en cada uno de los procesos enunciados. Es decir, no hará efectiva la cláusula penal pecuniaria, la multa impuesta y levantará en sus registros la inhabilidad que en dichos actos administrativos se contempla.

Segundo. Reconoce y en consecuencia pagará a favor del Consorcio demandante, Socotel Ltda. Intertel Ltda., la suma de cuarenta y cinco millones de pesos (\$45.000.000.00) moneda corriente, monto éste que

será cancelado por la empresa demandada a la doctora Esperanza Escobar Gil, identificada con la cédula de ciudadanía número 41591875 expedida en Bogotá y Tarjeta Profesional número 32519 del Ministerio de Justicia, quien conforme a los poderes de sustitución y en especial al que le confiriera el doctor Rafael Valenzuela Pinzón, con la coadyuvancia y aceptación que al firmar esta acta otorga el doctor Camilo Rubiano Lamoroux, identificado con la cédula de ciudadanía número 2933222 de Bogotá, tiene expresa facultad para recibir el pago. En consecuencia, el cheque respectivo deberá ser girado a nombre de la doctora Esperanza Escobar Gil, conforme a las facultades expresadas. El pago de la suma indicada se efectuará por la Empresa de Telecomunicaciones Telecom, dentro del mes siguiente a la presentación de la cuenta de cobro debidamente formulada, junto con copia debidamente autenticada por el Tribunal de la presente audiencia, donde consta el acuerdo conciliatorio.

Tercero. En consecuencia, se entiende que por sustracción de materia, no habrá lugar a la efectividad de las pólizas de la Compañía de Seguros del Estado, expedidas para garantizar el contrato 9626, en lo que se refiere a los asuntos debatidos en cada uno de los procesos objeto de la presente conciliación, quedando en libertad la Compañía de Seguros de formular la correspondiente solicitud de devolución de las mismas a la empresa, si no hubiere asunto diferente pendiente respectivo de las mismas”.

La conciliación lograda en audiencia con la dirección del magistrado ponente, fue puesta en consideración de la sala plena del tribunal, la cual en el proveído objeto de la apelación se abstuvo de aprobarla luego de exponer las razones que se leen a continuación.

“A pesar de haber este Tribunal instado para la realización de la audiencia de conciliación que en esta actuación se ha efectuado, la Sala después de cuidadoso análisis a la luz del ordenamiento jurídico vigente, se abstiene de aprobar el acuerdo a que han llegado las partes”.

“Según el mandato del artículo 6º del Decreto 2651 de 1991, es factible la conciliación en esta justicia especializada en los procesos que se controvierta la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, siempre y cuando se cumpla el siguiente requisito; “...fueren susceptibles de transacción,...” las diferencias que se presentan”.

“Al revisar los procesos acumulados se encuentra que en todos ellos el objeto principal de pretensión es merecer la nulidad de actos administrativos proferidos por el establecimiento público demandado”.

SECCION TERCERA

“Siendo los actos de la administración manifestaciones unilaterales de voluntad propias de autoridad legítima, es de su esencia el poder de imperio, la presunción de legalidad y la calidad de ejecutoriedad que ellas comportan. Características propias del derecho público que tienen las relaciones del Estado con los administrados cuando obra como autoridad”.

“No así la transacción, figura de raigambre puramente civilista ubicada en el campo del derecho privado que permite a las partes colocadas en igualdad de circunstancias terminar un litigio pendiente”.

“Contrario es el asunto de que se ocupa la Sala, pues, la decisión de autoridad que califica los actos demandados le impiden a la administración colocarse en plano de igualdad con el administrado para acordar términos diferentes de los por ella manifestados en sus actos, para dirimir el conflicto que los transa por la inconformidad de los particulares demandantes”.

“Si el litigio, como en el caso *sub judice* no admite acuerdo transaccional, tampoco accede a trámite conciliatorio válido, ya que esa es la voluntad expresa del artículo 6º citado, y que se señala en consonancia con todo el ordenamiento jurídico actual.”

Inconformes las partes con lo así decidido, apelaron. Cumplido el trámite correspondiente es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Dada la novedad del tema, ya que es la primera vez que se avoca su conocimiento, estima la sala que debe dilucidar previamente los siguientes puntos:

- a) La índole de la providencia y su apelabilidad;
- b) La índole de la controversia y la conciliación;
- c) Las razones del tribunal.

LA PROVIDENCIA Y SU APELABILIDAD

Para la sala el auto recurrido es interlocutorio y fue dictado por el tribunal en pleno.

Aunque la audiencia de conciliación debió cumplirse también ante el tribunal en pleno, estima la sala que el hecho de haberse efectuado ante el ponente no constituye causal de nulidad y su aprobación posterior, incluso con el voto de éste, saneó la informalidad presentada (pág. del artículo 140 del C. de P. C.).

La conciliación misma, contenida en el acta correspondiente, forma con el auto que decide su aprobación o su rechazo una unidad definitoria. Por esa misma razón dentro de la misma acta de conciliación deberá proferirse la decisión que la aprueba o imprueba. Esto por razones de economía procesal y de descongestión.

La conciliación lograda en audiencia conforma un acto sometido a la condición de su aprobación. Son así dos elementos que no se entienden separados ya que solo producen sus efectos como una unidad. La conciliación sola sin su aprobación no es más que un principio de auto de terminación del proceso, pero no la conciliación procesal que le pone fin y que tiene los efectos de la cosa juzgada.

En este punto la ley es bastante clara: *La conciliación y el auto que la apruebe tendrán los efectos de cosa juzgada* (inc. 5º art. 6º Dec. 2651/91).

Pese a estos efectos, y que tiene alcances de sentencia, el auto así conformado no es más que una decisión interlocutoria que, como tal, tiene el recurso propio de tal clase de providencia. Así, uno es el recurso si la conciliación se decide en asunto de única instancia o durante la segunda instancia y otro, si se decide en primera instancia. En los primeros eventos será solo susceptible de reposición y en el segundo, de apelación.

Aunque en esto el Decreto 2651 de 1991 guardó silencio, lo que no sucedía con la Ley 23 del mismo año que le negaba a la providencia que resolviera sobre la aprobación de la conciliación hecha ante la fiscalía cualquier recurso, hoy puede afirmarse, aplicando los principios generales, que la providencia sí es susceptible de recursos y que éstos son, como se dijo atrás, el de reposición para el auto de única o segunda instancia que dicte la sala y el de apelación para el de primera.

Para arribar a la primera conclusión baste citar el artículo 180 del C.C.A. que hace reponible los autos de sala dictados por las salas del Consejo de Estado o por los tribunales cuando no sean susceptibles de apelación.

Y para afirmar más la procedencia de la apelación en la otra hipótesis, debe recordarse:

1. Que todos los autos de terminación anticipada del proceso expedidos en primera instancia que tienen el alcance de tenencia y el efecto de la cosa juzgada, son siempre apelables (ver arts. 340 y ss. del C. de P.C.).

2. Que los autos interlocutorios de sala, dictados por los tribunales igualmente en primera instancia que no son susceptibles de reposición, son

SECCION TERCERA

apelables, pudiéndose contar entre éstos los que disponen sobre la terminación del proceso. Para esta afirmación se armoniza el numeral 3º del artículo 181 del C.C.A. con el artículo 351 del C. de P.C.

3. Que aún en el caso de que existiera duda sobre su recurribilidad, cobraría aplicación el artículo 31 de la nueva constitución que impone la regla de la doble instancia para las decisiones judiciales definitivas. Norma esta que puede tomarse como principio de interpretación de la normatividad procesal.

4. Que en el proceso colombiano no existen, por regla general, providencias irrecurribles, a menos que expresamente así lo disponga la ley; evento que no se da en el presente caso.

5. Que pese a existir en Colombia el principio de la taxatividad de los autos apelables, el aquí discutido, por pertenecer a legislación posterior, no puede gobernarse por dicho principio.

Aplicando estos principios al caso concreto y dado que el proceso es de doble instancia, la procedencia de la apelación resulta clara.

LA INDOLE DE LA CONTROVERSIA Y LA CONCILIACION

Inicialmente en el proceso contencioso administrativo procedía la conciliación en las acciones de restablecimiento, de reparación directa y contractuales (art. 59 de la Ley 23 de 1991). Pero luego, por mandato del artículo 6º del Decreto 2651 del mismo año, se redujo a las dos últimos. Se hace esta precisión porque para la sala el presente asunto la permite, ya que es indiscutiblemente de carácter contractual, pese a que en la controversia estén involucrados actos administrativos”.

En esto el pensamiento de la sala ha sido uniforme y reiterado. La controversia contractual no es sólo la de reclamación directa, sino que también lo es la derivada del acto contractual que expida la administración en ejercicio de su potestad exorbitante.

Por eso en este sentido se ha dicho que las controversias contractuales a que se refiere el artículo 87 del C.C.A. pueden tener origen en el contrato mismo (nulidad, revisión, simulación, etc., etc.), en los hechos de ejecución y cumplimiento del objeto contractual, o en los actos administrativos contractuales, o sea los expedidos por la administración luego del perfeccionamiento del contrato.

En tal sentido, la controversia frente a tales actos administrativos no deja de ser contractual para convertirse en de restablecimiento, ya que esos actos,

que son inseparables del contrato como manifestaciones de conducta de la entidad contratante que son, al incidir en la relación negocial misma pueden desconocer o vulnerar los derechos del contratista y dar origen a un litigio, bien circunscrito a los efectos del acto o proyectado sobre la relación general.

LAS RAZONES DEL TRIBUNAL

En síntesis éste las enfoca como si la acción fuera de restablecimiento, hipótesis expresamente excluida del artículo 6º del Decreto 2651 de 1991. Si así lo fuera, asistiría la razón al *a quo*. Pero, como se explicó, las controversias de responsabilidad contractual no tienen esta índole ni siquiera cuando en la controversia esté involucrado un acto administrativo contractual.

La administración al acordar como lo hizo no concilió la legalidad de los actos contractuales, sino los efectos que produjeron en torno a la relación contractual misma. Y esto es posible, no sólo por autorizarlo la ley, sino por la capacidad de las partes involucradas en el litigio. No puede olvidarse que al permitirse por la ley la conciliación en las acciones de reparación directa y contractuales, en las cuales siempre será parte principal una entidad pública, habrá que entender que dicha permisión lleva implícita la autorización legal para que el representante legal de esta pueda conciliar, sin más requisitos.

Tampoco puede medirse la conciliación con el mismo rasero de la transacción como parece hacerlo el *a quo*, porque las dos formas de terminación anticipada, aunque contienen algunos elementos comunes, presentan regulación, alcances y efectos diferentes.

Mientras la transacción es un contrato que, por esencia, implica la recíproca renuncia de pretensiones, la conciliación ni es contrato ni exige, como requisito *sine qua non* para su validez, que las partes hagan tales renunciaciones. Mientras la transacción, que no es figura exclusiva del derecho privado como lo dice el tribunal, requiere en cada caso, para la entidad involucrada en el litigio, la expresa autorización del ejecutivo (gobierno, director de departamento, gobernador, alcalde, etc., etc.) para la conciliación la autorización es de carácter general, derivada de la ley.

Si bien es cierto el Decreto 2651 habla que las diferencias conciliables son las susceptibles de transacción, no significa esto que exista la asimilación en las dos figuras, sino que estas diferencias deben referirse a los aspectos económicos o patrimoniales del litigio y no a las propiamente legales que no son negociables y para los cuales sobra la advertencia legal.

Despejados los aspectos que se dejan explicados, y que muestran que la providencia recurrida será revocada, pasa la sala a estudiar si el acuerdo conciliatorio se ajusta a la ley.

SECCION TERCERA

Efectivamente y tal como se lee en la transcripción del acuerdo que se hizo al principio de esta providencia, no hubo conciliación sobre la legalidad misma de los actos impugnados (Resoluciones 001000-7939 de 31 de julio de 1990 aprobatoria de la liquidación final del contrato 9626, 001000-5480 impositiva de una multa derivada del mismo contrato; 4280, 001000-7350 que resuelve la reposición de la anterior; 001003-5490 que ordenó la terminación y la liquidación del contrato aludido y la 001000-9880 que resolvió recurso interpuesto contra la anterior etc., etc.), sino solo sobre los efectos patrimoniales de los mismos. No otro sentido tiene el acta de conciliación cuando afirma que “se llegó a un acuerdo sobre las bases económicas y efectos de los actos demandados”. Igualmente baste leer para confirmar este aserto los tres puntos que concretan el acuerdo, en los cuales en forma alguna se negocia la legalidad de las decisiones tomadas por la administración.

Finalmente se observa:

En la presente hipótesis, se insiste, no se concilió sobre la legalidad de los actos sino sobre la totalidad de sus efectos.

En estas condiciones, ese acuerdo implica la revocatoria implícita de los actos impugnados por cuanto quedaron, en razón de ese acuerdo, sin efecto alguno.

No puede olvidarse que el acto contractual es una especie del género acto administrativo, que tiene su fuente inmediata en el contrato y mediata en la ley. Razón por la cual las consecuencias económicas que traiga consigo son del interés exclusivo de las partes contratantes y obviamente conciliables. De allí que la persona priva da contratista tendrá capacidad, *per se*, para conciliar y la entidad pública competencia para hacerlo por expresa autorización legal en este tipo de controversia (arts. 2º y 6º del Decreto 2651 de 1991). Normas estas que hablan en forma general de las controversias de responsabilidad extracontractual y contractual sin distinciones y que no le permiten al intérprete concluir que cuando en una de estas últimas este involucrado un acto administrativo contractual, ya el litigio no sea conciliable.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sección Tercera,

RESUELVE:

Revócase el auto de junio 30 de 1992. En su lugar.

Apruébase la conciliación lograda entre las partes y contenida en el acta de 10 de los mismos mes y año (a fls. 340 y ss.) por estar ajustada a la ley.

Decláranse terminados los procesos acumulados objeto de esta conciliación (Nos. 3181-2824 y 2825, en la numeración del *a quo*).

Esta providencia y el acta aludida tienen el efecto de la cosa juzgada.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el 28 de enero de 1993.

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo*, *Daniel Suárez Hernández*, *Mauricio Sarria Barragán*, Conjuez.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE RECAUDO DE IMPUESTOS

Corre a cargo del Estado disponer los mecanismos adecuados y eficaces para que la sumas de dinero que cancelan los contribuyentes ingresen efectivamente al tesoro; con mayor razón cuando la buena fe que preside la relación administración-administrado, se presume en favor de este último, circunstancias que coloca la razón de su parte cuando acude a una oficina recaudadora y uno de sus empleados recibe el pago y le expide el recibo correspondiente, como es el caso; si a la postre resulta que el funcionario expidió varios recibos falsos, se apropió o extravió el dinero y la deuda del contribuyente no se disminuyó en la misma proporción, es incuestionable que se ha producido una falla del servicio que compromete la responsabilidad patrimonial de la administración.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 4578.

Actores: Alfonso Spath Spath y otro.

Reconstruido el expediente, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba el 27 de agosto de 1985, cuyo contenido es el siguiente:

“El doctor Carmelo Esquivia Guzmán, en su calidad de apoderado especial de Alfonso Spath Spath y Ruby García de Spath,

DEMANDA:

“1o. Que la Nación o el Estado Colombiano-Ministerio de Hacienda, es civilmente responsable de los perjuicios materiales ocasionados a los señores Alfonso Spath y a su señora Ruby García de Spath, residentes en

el Municipio de Cereté en este Departamento de Córdoba, con ocasión del comportamiento del funcionario Heraldo Osorio Montes, a la sazón empleado de dicho de Ministerio, quien se apropió en provecho suyo de la suma de seiscientos (sic) dos mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$602.669.00) moneda nacional colombiana, cantidad esta entregada al susodicho funcionario en las ventanillas establecidas para recibir los pagos por concepto de impuestos de renta y patrimonio, en las dependencias de la Administración de Hacienda en esta ciudad de Montería, según hechos ocurridos el 21 de febrero de 1980.

“2o. Que a la suma de dinero antes señalada o a la que se demuestre en el proceso o incidente posterior, se le agregue el 24% anual a manera de corrección monetaria o indexación (sic), como lo tiene establecido el Consejo de Estado, con el fin de compensar la desvalorización del dinero.

“3o. Que el Estado o la Nación colombiana, deberá pagar a cada uno de los demandantes la suma equivalente al valor de cuatro mil gramos de oro, según certificado que se le solicite al Banco de la República, por concepto de los perjuicios morales ocasionados con ocasión (sic) de los mismos hechos.

«Hechos:

“Están enumerados y clasificados en la demanda así.

“1. El día primero (1^o) de febrero de 1980, don Alfonso Spath y su señora doña Ruby García de Spath, enviaron a su hijo el señor Carlos Spath García a las dependencias de la Administración de Hacienda de la ciudad de Montería, con el fin de solicitar el monto de los impuestos y patrimonio por ellos adeudados hasta esa fecha, con el propósito de cancelarlos.

“2. En las instalaciones de la Administración, el señor Spath García fue atendido por el funcionario Heraldo Osorio Montes, quien al poco tiempo suministró a don Carlos el dato preciso sobre dicha suma, la cual era la cantidad de seiscientos dos mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$602.669.00), cifra esta que correspondía a los siguientes conceptos:

a) Por impuestos de renta y patrimonio de doña Ruby García de Spath correspondiente a los años 1974 a 1978, la suma de trescientos sesenta y tres mil seiscientos cuatro pesos (\$336.604.00) moneda nacional, y b) Por valor de impuestos de renta y patrimonio correspondientes al año de 1978 debidos por el contribuyente don Alfonso Spath Spath la suma de doscientos cuarenta y un mil sesenta y cinco pesos (\$241.065.00), moneda nacional.

SECCION TERCERA

“3. Con este dato en su poder, don Carlos Spath García solicitó el dinero a sus padres y envió al señor Hernando Alvarez Lugo, empleado de confianza, a cancelar el valor indicado de los impuestos, quien para tal efecto se dirigió a la oficina recaudadora en compañía del señor Raúl Ortiz, en donde entregó al empleado Osorio Montes la cantidad señalada, quien a su vez expidió a Alvarez los recibos de pagos números BJ-696371 y BJ 696389, a favor de Alfonso Spath Spath y Ruby García de Spath, respectivamente.

“4. Al reclamársele al empleado Osorio Montes los correspondientes certificados de ‘paz y salvo’ de mis poderdantes, manifestó que los entregaría posteriormente, pues el cúmulo de trabajo existente para esos días de pago le impedía elaborarlos en seguida. Como quiera que dichos certificados no eran necesarios para el momento, la excusa del funcionario se tuvo por bien recibida.

“5. Con ocasión de una negociación que con posterioridad debían hacer los esposos Spath García, se hizo necesario la utilización de los paz y salvos por concepto de renta y patrimonio, documentos éstos que al ser exigidos en la administración de Hacienda de Montería, fueron denegados por cuanto las respectivas tarjetas de control de pago de los contribuyentes, no aparecían por parte alguna y naturalmente, el pago hecho por ellos no constaba en ningún registro de la Administración. Ante este hecho don Carlos Spath García exhibió ante la funcionaria Carmen Villa de Lora López, para esta época ‘Jefe de Sección de Cuentas Corrientes y Caja’ de la Administración de Hacienda de Montería los recibos que le fueron expedidos por el funcionario Osorio Montes, documentos que fueron retenidos por la mencionada empleada pues carecían de validez. En efecto, se comprobó que las firmas que en ellos aparece impuestas no correspondían a los señores funcionarios -cajero liquidador-, sino que dichas rúbricas fueron emitidas por el señor Osorio Montes. Además, los formularios utilizados para acreditar el pago, no son los que acostumbra a diligenciar la Recaudación de Impuestos Nacionales de Montería, según lo expidió la misma funcionaria al señor Spath García.

“6. Una vez iniciada la correspondiente investigación administrativa por estos hechos, el señor Osorio Montes, abandonó su cargo y hoy es reo ausente de un proceso penal por los delitos de falsedad y estafa en el Juzgado Tercero Superior de esta ciudad de Montería.

“7. Corolario de todo lo dicho es que el pago hecho por mis poderdantes y recaudado por el funcionario Heraldo Osorio Montes, no fue aceptado,

naturalmente, por la Administración de Hacienda de Montería. Antes por el contrario, doña Ruby García de Spath, fue sometida a un proceso ejecutivo (sic) por el cobro de esta suma, la cual hubo de cancelar con los consabidos intereses de mora. Don Alfonso Spath Spath, satisfizo también su obligación fiscal con la sanción moratoria.

“8. Resulta fuera de hesitación que al apropiarse el ex empleado del Ministerio de Hacienda, señor Heraldo Osorio Montes de los dineros pagados por los demandantes amén de quedar incurso en claros comportamientos ilícitos, ocasionó de contera perjuicios materiales y morales a los esposos Spath García, los cuales fueron relacionados en otra parte de este escrito.

“Disposiciones violadas y concepto de la violación:

“El actor considera como violadas las siguientes:

“Artículos 2º, 20 y 21 de la Constitución Nacional y artículos 2341 y concordantes del Código Civil Colombiano.

“Igualmente expresó en forma clara el concepto de la violación.

“En el presente negocio ha llegado el momento de dictar sentencia, sin que se observe causal alguna de nulidad y tampoco es el caso de un auto inhibitorio; en consecuencia se entra a decidir la litis.

“Consideraciones del Tribunal:

“1. Está plenamente acreditado en el proceso que los señores Alfonso Spath y Ruby García de Spath, contribuyentes del Impuesto de Renta y Patrimonio y Complementarios, debían en el mes de febrero de 1980, determinada cantidad de dinero en la Administración de Impuestos Nacionales, pues el dato les fue entregado por un funcionario de la Administración al señor Carlos Spath García, quien manifiesta que encontró a dicho señor en la Oficina de Recaudos, describiéndolo como una persona mediana de estatura, de ojos rasgados como japoneses, trigueño, cara ovalada, descripción que concuerda con la expresada por la señora Carmen Villa de Lora, quien para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Jefe de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja de la Administración de Impuesto, y que después la persona descrita resultó ser el señor Heraldo Osorio Montes.

“2. El dato exacto de la deuda total por concepto de impuesto a la renta y patrimonio de los esposos Spath García, no se conoce, pues no hay

SECCION TERCERA

prueba de ello puesto que así se deduce de lo expuesto por la señora Carmen Villa de Lora, quien era la persona indicada para conocer el estado de cuenta de los contribuyentes a pesar de haber sido 'consultada' en varias ocasiones antes de los hechos, para obtener el dato por parte de Carlos Spath-hijo, manifestó no acordarse al momento de rendir la declaración.

"3. Se demostró que Carlos Spath García, con los valores de impuestos anotados que le dio el señor Osorio Montes, ya conocido en el proceso, le informó en Cereté a su papá Alfonso Spath, y éste en las horas de la tarde tomó \$300.000.00 que tenía en efectivo y además elaboró un cheque, que ya se conoce por las diligencias de inspección judicial en el Banco Ganadero de Montería (f. 119), pues fue girado en contra de ese banco por la suma de \$302.330.00, y a nombre del señor Raúl Ortiz B., y dice Carlos Spath, que como él no pudo viajar a Montería, recomendó al empleado de confianza en su familia Hernando Alvarez Lugo, para que pagara en la Administración, lo que hizo trasladándose a Montería, describiéndole la persona a quien debía hacer el pago y le describió los rasgos físicos, es decir, quien le había dado el dato de los impuestos a deber, que se concretó en la persona de Osorio Montes, después de hacer efectivo el cheque el señor Ortiz, por la suma antes indicada.

"4. Está plenamente demostrado con la declaración del señor Hernando Alvarez Lugo, a folio 154, empleado de Alfonso Spath, que fue comisionado por el señor Carlos Spath, para trasladarse de Cereté a Montería, con seiscientos y pico mil pesos en efectivo y un cheque a favor del señor Ortiz, Asesor Tributario de la familia, pues el cheque estaba hecho a su favor, quien haciéndolo efectivo en el Banco Ganadero, con todo el efectivo traído de Cereté se trasladaron a la Administración de Impuestos y después de entregar el dinero, dice Alvarez Lugo, al señor Heraldo Osorio, le dijo a Ortiz, que reclamara el paz y salvo, pero oyó cuando Osorio le dijo a Ortiz, que no podía porque tenía bastante trabajo.

"5. Se encuentra establecido en el proceso con la declaración de la señora Carmen Villa de Lora, a folio 96, que para la época de los hechos el Cajero de la Administración de Impuestos era el señor Antonio Muñoz Jaime y quien a su vez declaró a folio 20 y 131, y liquidadores Francia Lora de Pacheco y Heraldo Osorio, quien era empleado de la Administración Interna, folio 85, y por el liquidador lo pasaron a esa sección a colaborar por la emergencia que tenían por falta de personal por haber sido destituidos varios empleados de esa sección. Además aparece el nombra-

miento por Resolución 06477 de 1971, como Ayudante de Oficina de la Auditoría Interna en la Administración de Impuestos Nacionales de Montería.

“6. Se demostró con la declaración de Antonio María Muñoz a folio 20, complementaba con la de la señora Carmen Villa de Lora, que efectivamente Heraldo Osorio M., estuvo trabajando en su oficina, más no precisó el tiempo, pues dice que lo conoció como simple compañero de oficina en la Sección de Cuentas Corrientes, ya que estuvo un tiempo en esa sección.

“7. En el proceso viene acreditado que el señor Osorio Montes, con posterioridad a los hechos acaecidos abandonó el cargo. Y los comentarios eran por el hecho de tomar los dineros de los esposos Spath, a quienes le causaron perjuicios.

“8. Con los recibos expedidos por el señor Heraldo Osorio, a los señores Alfonso Spath y Ruby García, a folio 3, y la Inspección Judicial a folio 130, como cancelación de los impuestos, se ha demostrado en el proceso que el dinero a él entregado por la suma total de \$602.330, pesos m/c., no ingresaron a la Caja de Recaudo, por lo cual no apareció en las tarjetas de kárdex el mencionado pago con lo cual demostrada la falsedad de las firmas y los comprobantes de recibo o sea el formato fuera de circulación, se entra a resolver la responsabilidad civil que pueda haber a la Nación colombiana, por causa de estos hechos del funcionario del Ministerio de Hacienda-Administración de Impuestos Nacionales de Montería.

“La Nación colombiana, por conducto de apoderado hace una pálida defensa en el proceso, por el señor Heraldo Osorio Montes, quien era funcionario de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Montería, como ayudante de la Sección de Auditoría Interna, como se expresó anteriormente. Está plenamente identificado igualmente por pruebas tal como se dejó dicho, quién fue la persona que con el dato a deber del impuesto de renta y complementarios del señor Alfonso Spath y Ruby García de Spath, recibió el dinero en la Administración, ya que este funcionario, sí trabajó en la Oficina de Recaudos y el dinero desapareció, sin entrar a las arcas de la Administración, puesto que no fueron satisfechos los impuestos en las tarjetas de cada uno de los contribuyentes.

“Para el derecho Administrativo, las resultas de la responsabilidad penal de los agentes o funcionarios del Estado, en nada enerva la acción

SECCION TERCERA

contenciosa administrativa en tratandos (sic) de responsabilidad civil extracontractual por falta o falla del servicio, la falla dentro de la estructuración jurisprudencial es anónima. En salvamento de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo. Ref. Expediente número 3398 de 9 de febrero de 1983, citando a un autor, que expresó lo siguiente: 'Si los actos reprochables del funcionario constituyen actos del servicio, los errores de apreciación en que ha podido incurrir son inseparables de los actos administrativos cumplidos por él'.

"Expresa en forma atinente el representante de la parte actora a folio 183, los fundamentos o elementos jurídicos que se requieren para que proceda la acción indemnizatoria por los hechos imputables y comprobados de sus agentes, por falta o falla del servicio, los cuales están acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, son dichos elementos los siguientes:

"a) Una falta o falla del servicio o de la administración. La falta o falla se entiende que no es la personal del agente administrativo sino la del servicio;

b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejando de actuar, por lo tanto se excluyen los actos del agente ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

"c) Un daño que implica lesión o perturbación de un bien protegido por leyes civiles o administrativas, lo cual debe aparecer debidamente comprobado;

"d) Una relación de causalidad entre la falta o falla del servicio o de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.

"Veamos si estos presupuestos se dan en el caso estudiado para deducir responsabilidad al Estado que conlleve a una indemnización.

"La falla o falta en el servicio:

"Como se dijo anteriormente, está plenamente establecido en el proceso que el señor Heraldo Miguel Osorio Montes, era empleado de la Regional de Impuestos Nacionales de Montería y que se encontraba en la época de los hechos en la oficina recaudadora en donde prestaba el servicio por carencia de personal y con quien el hijo del señor Alfonso Spath, Carlos Spath García y Hernando Alvarez Lugo, se entendieron con él y él recibió el dinero en cuantía de \$602.330.00, moneda legal colombiana.

“Si el Tribunal efectivamente solicitó a la Administración de Impuestos Nacionales de Montería, certificación de las personas autorizadas, sobre si el señor Heraldo Osorio Montes, tenía facultad de recibir dinero de acuerdo al cargo que desempeñaba, se dijo a folio 165, que el cargo de Ayudante de Oficina 5155-07 de la Sección de Auditoría Interna y no tenía facultad de recibir dinero, sino el señor Antonio María Muñoz Jaime, recaudador de impuesto: Es indudable que si el señor Heraldo Osorio Montes, no se hubiese encontrado en la oficina del Recaudador de Impuestos, señor Antonio María Muñoz, no hubiesen sido objeto de engaño los señores esposos Spath cuando su hijo fue a reclamar el dato de los impuestos a deber y entregarle el dinero; pero como estaba trasladado a esa oficina no tienen los contribuyentes ninguna culpabilidad en haber caído en el error de tratar con una persona diferente a la de recibir dineros.

Precisamente aquí es donde impera la falla en el servicio, puesto que es un deber de la administración escoger a su personal y en el caso presente mucho más, pues se trata de un traslado interno en la administración, esto es de ayudante de Auditoría Interna, a prestar servicio en la recaudación del Impuesto, ahora si no estaba allí en forma legal, todavía es más grave por tratarse entonces de una falta de orden en el deber de mantener el sumo cuidado no sólo de las personas que deben prestar el servicio cada cual en su puesto y de acuerdo con las funciones del reglamento y la ley; sino la prestación del buen servicio; poner al ciudadano en condiciones de error conlleva a la responsabilidad de la administración.

“El daño:

“El daño y su magnitud está ampliamente demostrado como consecuencia de la acción ilegal e irreglamentaria, si así también puede catalogarse del empleado de la Administración de Impuestos, señor Heraldo Osorio Montes, al ocasionar al señor Alfonso Spath y Ruby García de Spath, comprobantes falsos de recibos de dinero que pagaron, pero que no canceló los impuestos, tal como aparece de la diligencia de Inspección Judicial, en las tarjetas de los contribuyentes. Este hecho indudablemente ocasiona perjuicios puesto que hay que conseguir más dinero para poder saldar cuentas al Estado, como bien aparecen los pagos en las tarjetas posteriormente a la fecha del 21 de febrero de 1980, folio 121, con lo cual hay daño pecuniario.

“Perjuicios materiales:

SECCION TERCERA

“El perjuicio material viene demostrado no sólo porque lo diga la declarante señora Carmen Villa de Lora, folio 98, por el proceso ejecutivo de que fue objeto Ruby García de Spath, uno de los afectados; sino por los contratiempos y sinsabores que apareja esta clase de inconvenientes que se presentan por una falla de la administración cuando esto en verdad no debe suceder y además por la consecución de nuevos dineros para el pago, se pierde parte del capital para trabajar y continuar la actividad normal en los negocios, puesto que ello trastoca su funcionamiento de la actividad privada.

“La obligación de indemnizar perjuicios, como consecuencia de una falla en el servicio, comprende la totalidad de los materiales y morales realmente causados.

“Como bien lo expresa el honorable Consejo de Estado, ‘toda indemnización debe ser íntegra 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 se pretende pagar. En este orden de ideas el equilibrio o justeza en la indemnización debe mostrar esta o similar ecuación; indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe más devaluación...’ De allí que para este autor, en tesis que comparte la Sala, ‘si se realizan reajustes del crédito como el explicado, 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 falta de inversión de sus fondos excluyendo el plus del interés que tiene, como se dijo, otra función’.

“En este orden de ideas puede decirse con Castello, citado por Zannoni, en su obra ‘Revaluación de obligaciones dinerarias (Astrea 1977) que la actualización monetaria rescata el valor perdido por el capital, mientras que los intereses están llamados a indemnizar al acreedor por la privación del uso del capital durante todo el tiempo de la mora’.

“Aunque no existe en Colombia norma que defina que se entiende por interés puro o técnico, su tasa puede medirse en la legal señalada por el artículo 1617 del C.C. Esta tasa del 5% anual se estima despojada de toda corrección inflacionaria a una época de estabilidad monetaria.

“En suma, y dado un índice de devaluación del 18% y un interés puro del 6%, las distintas sumas que se indican a continuación deberán pagarse con

un recargo del 24% anual desde las fechas allí indicadas y hasta que su pago se efectúe (C. de E. S. de C. Ad. Sección 3ª 20 de marzo de 1980).

“De manera que la suma en efectivo entregada al señor Heraldo Osorio Montes, \$602.330.00, y no llevada a la Caja de la Administración, debe pagarse con un recargo del 24% anual a la fecha de esta decisión.

“Perjuicio moral:

“¿Se causan realmente perjuicios morales? Si se tiene en cuenta éstos se deben por tratarse del precio al dolor, por el afecto y congoja de la pérdida por ejemplo de un ser querido, no ve cómo pueda en este caso, tenerse el perjuicio moral; pero como la obligación de indemnizar perjuicio conlleva la totalidad de los materiales y morales realmente causados demostrados en el proceso es por ello que se reconocerá el valor del perjuicio moral subjetivo que no requiere prueba específica pues se deduce del error o falla del servicio comprobado en el juicio, lo produjo.

“De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación para tasar el perjuicio moral subjetivo se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal, pero como este estatuto empezó a regir en 1937 y en esa época se podían comprar 1.000 gramos de oro con dos mil pesos, hoy es procedente hacer la liquidación de conformidad con el valor actual del oro y del cambio oficial, cuando así se solicita en la demanda y se aportan las certificaciones correspondientes. Consejo de Estado, S. de C. Ad., Sección 3ª, C. P: Dangond Flórez.

“Por consiguiente habrá lugar al pago de perjuicios morales aunque no se allegaron los certificados, pero sí se pidió en la demanda, en consecuencia siguiendo la orientación del honorable Consejo de Estado, y con base en la equivalencia de los 1.000 gramos de oro frente al artículo 95 del anterior Código Penal (máxima indemnización), se señalará por este concepto la cantidad de 300 gramos de oro, certificados por el Banco de la República, en la fecha de la presente sentencia para cada uno de los demandantes.

“Relación de causalidad:

“Es evidente que la falla del servicio ocasionó el daño que aparece demostrado en el expediente, puesto que de otra manera no hubiese sido objeto la señora Ruby Spath, de un juicio por jurisdicción coactiva para que pagaran los impuestos de renta y complementarios. Lo uno conlleva necesariamente a lo otro.

SECCION TERCERA

“En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Córdoba, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

“Falla:

“1º. Que la Nación colombiana - Ministerio de Hacienda es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a los ciudadanos Alfonso Spath y Ruby García de Spath, a raíz de los hechos del día 21 de febrero de 1980, y en forma consecuente debe pagar a los demandantes la suma de \$602.330.00 moneda legal.

“2º. A la suma antes mencionada se le agregará el 24% anual a manera de corrección monetaria como lo tiene establecido el honorable Consejo de Estado, con el fin de compensar la desvalorización del dinero, a la fecha de esta decisión.

“3º. La Nación colombiana - Ministerio de Hacienda, deberá pagar a los señores Alfonso Spath y Ruby García de Spath, la suma equivalente al valor de 300 gramos oro certificados por el Banco de la República, en la fecha de la presente sentencia, por concepto de los perjuicios morales ocasionados.

“4º. Désele cumplimiento al artículo 176 del C. C. A.” (fls. 15 o 25 C. I Bis).

EL RECURSO DE APELACION

Al momento de sustentar el recurso, dijo la apelante:

“Estamos de acuerdo con el Honorable Tribunal, cuando afirma que ‘está plenamente establecido en el proceso que el señor Heraldo Miguel Osorio Montes era empleado de la Regional de Impuestos nacionales de Montería’.

“También (sic) está probado que el señor Osorio Montes no tenía facultad de recibir dinero, tal como consta en el certificado suscrito por el Jefe de la Sección de Auditoría Interna de la Administración de Impuestos Nacionales de Montería, de fecha 8 de julio de 1988, y como es corroborado en declaración de la doctora Carmen Villa de Lora, que obra al folio 65.

“El Honorable Tribunal de Córdoba partiendo del falso supuesto de que el señor Osorio Montes recibió efectivamente el dinero, deduce la falla del servicio.

“A nuestro parecer el hecho que aparece probado es el contrario: El señor Osorio Montes no recibió dinero alguno por concepto de impuestos de los contribuyentes Spath.

“En efecto, en los hechos citados en la demanda, en la primera declaración de Carlos Spath, y en la misma sentencia del honorable Tribunal de Córdoba se afirma que:

“Dice Carlos Spath, que como *no pudo viajar a Montería* recomendó al empleado de confianza en su familia Hernando Alvarez Lugo para que pagara en la Administración lo que hizo trasladándose a Montería, describiéndole la persona a quien debía hacer el pago y le describió los rasgos físicos...’.

“Posteriormente en abierta contradicción en declaración de agosto 9 de 1988, afirma que:

“ ‘... al encontrarnos los tres en la puerta de la Administración vi que estaba muy aglomerado de gente por ser amnistía, entonces le dije al señor Alvarez mi compañero que se dirigiera con el señor Osorio a la Casilla para que procediera a pagar en efectivo nuestros impuestos... El funcionario que discriminé anteriormente no (sic) hizo un gesto con la mano como queriendo decir aquí estoy, entonces yo le dije al señor Alvarez que se dirigiera donde él, mientras yo me iba a hacer otras diligencias diferentes a la Administración’.

“Sí Carlos Spath olvida que viajó de Cereté a Montería a pagar sus impuestos, se pregunta entonces cómo pudo acordarse del físico de Osorio? No pudo entonces dar una descripción inexacta?’

“Ni siquiera Carlos Spath fue testigo de los hechos pues no estaba presente cuando supuestamente el señor Alvarez le entregó el dinero a Osorio como se desprende de la declaración transcrita.

“Tal como se presentan los acontecimientos es de notar que el señor Spath, o el señor Alvarez, o el señor Ortiz, o bien los dos primeros o todos, pues el hecho es muy confuso, tubo (sic) la intención de no efectuar los trámites tributarios como cualquiera de los ciudadanos diligentes y honestos que se encontraban haciendo fila en la Caja, único lugar donde se reciben dineros.

“Optaron por entregar el dinero a otra persona diferente del Cajero, colaborando con la tramitología opuesta al principio de imparcialidad que debe regir en toda actuación administrativa.

“Su negligente y culposa actitud no puede ahora ser alegada en su favor. Si ellos hubiesen pagado en la Caja como era su deber, los dineros hubieran ingresado a las arcas de la Nación.

SECCION TERCERA

“Obran en el proceso otras pruebas de que el señor Osorio Montes no recibió el dinero:

“El Juzgado Tercero Superior de Montería dicta un auto de sobreseimiento temporal el 28 de abril de 1982 y otro el 16 de agosto de 1983.

“En la investigación administrativa respectiva, no pueden probarse los hechos ni la autoría de los mismos.

“Pensamos como piensa el Honorable Tribunal de Córdoba que el resultado de un proceso penal, y agregamos, administrativo, en nada enervan una acción contencioso administrativa.

“Pero no puede ser ignorado un serio y juicioso estudio de un juez penal y de un funcionario administrativo como cuando en este caso los hechos discutidos son los mismos que se debaten en la justicia contencioso (sic) administrativa.

“Una sana crítica indicaría que deben ser valorados al menos como indicios de lo que en ellos se demuestra.

“Queda probado que no existió hecho alguno imputable a ninguno de los funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Montería y por lo tanto la Nación no incurrió en falla del servicio, con mayor razón si existió culpa de la víctima.

“El daño

“Es evidente que los señores Spath sufrieron perjuicios materiales. Este hecho está demostrado con la copia de los recibos apócrifos que reposan en el expediente, y con la diligencia de inspección judicial realizada en la Administración en la que se demostró que los pagos no se registraron en las tarjetas kárDEX.

“Pero este daño no puede atribuirse a la Nación, pues no se dan los otros elementos de la responsabilidad: el hecho y la relación de causalidad, y por lo tanto no puede ser obligada a pagar indemnización alguna por concepto de perjuicios materiales, morales e intereses.

“Aunque no hay lugar a indemnización debemos resaltar lo dicho por el Tribunal en su sentencia: ‘No ve cómo puede en este caso, traerse el perjuicio moral; pero como la obligación de indemnizar conlleva la totalidad de los materiales y morales realmente causados demostrados en el proceso es por ello que se reconocerá el valor del perjuicio moral subjetivo que no requiere prueba específica’.

“La conclusión no concuerda con las premisas citadas, pues si no se probó el perjuicio moral, no hay lugar a indemnizaciones por este concepto.

“Relación de causalidad:

“En este aparte el honorable Tribunal confunde la premisa mayor con la confusión. En efecto, existe falla de servicio cuando hay relación de causalidad entre el hecho y el daño probados. La relación (sic) de causalidad no se establece entre la falla del servicio y el daño, pues ella es su conclusión.

“Los hechos que están demostrados en el proceso: el señor Osorio Montes era funcionario de la Administración de Impuestos Nacionales, no estaba autorizado para recibir dinero, y, los dineros no ingresaron al erario público, no tienen relación con el daño sufrido (sic) por los señores Spath.

“En la sentencia apelada se afirma que ‘es indudable que si el señor Heraldo Osorio Montes no se hubiese encontrado en la oficina del Recaudador de Impuestos, señor Antonio María Muñoz, no hubiesen sido objeto de engaño los esposos Spath’.

“El hecho de que el señor Osorio Montes estuviese trabajando no podía dañar a nadie, como tampoco pudo ocasionarlo el hecho de no estar autorizado para recibir dineros, pues siempre había un cajero encargado de esta función.

“Debe anotarse que no está probado tampoco el hecho de que el 1º de febrero de 1980 el señor Osorio Montes se encontrara presente en su oficina cuando se presentaron Carlos Spath y sus acompañantes” (fls. 83 a 89, C. 1 bis).

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Octavo de la Corporación en su concepto, expresó:

“Según los elementos de juicio que obran en el proceso reconstruido, de conformidad con el dato sobre el monto de los impuestos correspondientes a los años de 1974 y 1978 de los señores Alfonso Spath Spath y Ruby García de Spath, este dato fue suministrado por el señor Heraldo Osorio Montes, empleado de la Administración de Impuestos Nacionales de Montería, y a él mismo se le suministraron los dineros para dicho pago y le expidió a los actores dos recibos pero no les entregó paz y salvo; meses después, cuando fueron a solicitar los paz y salvo se estableció que los

SECCION TERCERA

recibos dados por Osorio a los actores eran falsos, y tenían vigente la deuda en la Administración de Impuestos.

“Ahora, en el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, plantea la caducidad de la acción y se basa su argumento en el sentido que la parte demandante al relatar los hechos de la demanda dicen que ocurrieron el 1º de febrero de 1980 y la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Córdoba el 18 de febrero de 1983 y que después la parte actora trata de corregir diciendo que los hechos ocurrieron el 21 de febrero de 1980 y no el 1º ni el 9 y por tal motivo trata de confundir el día preciso de tales hechos.

“Si bien es cierto que a través del proceso construido no se allegó documental alguno que demuestre la contradicción que tuvo la parte actora al relatar los hechos y señalarlos como ocurridos en los días 1º o 9 o 21 de febrero de 1980 y, tampoco aparece constancia de la fecha de presentación de la demanda; hay que partir de la base que la misma apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público afirma que la demanda se presentó el 18 de febrero de 1983 ante el Tribunal Administrativo de Córdoba; y a folios 86 y 87 del expediente se allegaron las fotocopias auténticas de los recibos BJ-69371 y BJ-696389 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con fecha 21 de febrero de 1980, recibos considerados apócrifos y objeto de esta demanda.

“De tal manera que no puede sostenerse que exista caducidad de la acción, pues existen elementos de juicio que demuestran que la demanda fue presentada dentro del término legal.

“Con relación a las pretensiones de la demanda de que se declare administrativamente responsable al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por haberse apropiado un empleado de esa entidad, Heraldo Osorio Montes, de los dineros destinados para el pago de los impuestos de los años 1974 y 1978 de los esposos Spath, y haber expedido certificados falsos, se entra a analizar si existen los requisitos que configuran la citada responsabilidad administrativa, como son: la falla en el servicio por parte del Estado, el daño a un administrado y la relación de causalidad entre los dos primeros.

“De las pruebas allegadas al proceso, se tiene:

“Declaración rendida por Antonio María Muñoz Jaime, empleado del Ministerio de Hacienda quien manifestó sobre los hechos: ‘...El conocimiento que tengo de esos recibos que fueron extraviados de la oficina de

cuentas corrientes que después fueron presentados por el contribuyente Spath Spath Alfonso y dichas deudas aparecían en su tarjeta de kárdex. La formación es distinta a los originales pero los números concuerdan lo mismo que las cantidades, esto lo digo porque estos recibos fueron vistos por mí en manos de la señora Carmen Villa cuando se estaba averiguando de la falsedad de dichos recibos' (fl. 120).

“Declaración de Carmen Villa de Lora, empleada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la época de los hechos y expuso lo siguiente: ‘...lo que recuerdo es que en esa ocasión como empleada que era de la Administración de Impuestos Nacionales de Montería se presentó un hijo del señor Alfonso Spath a solicitar que le expidiera un certificado de paz y salvo, pero como Jefe de Sección estaba enterada con la deuda que ellos tenían con la Administración de Impuestos, entonces el hijo del Spath me dijo que ellos habían cancelado ya esa deuda, les exigí que me presentaran los recibos de caja y al examinarlos vi que esos recibos no eran legales porque si no me equivoqué esos recibos ya no estaban en uso de la administración de Montería...’ (fl. 64).

“En la declaración rendida por el señor Carlos Alfonso Spath García, hijo de los actores expone que cuando fue a pagar los impuestos, acogiéndose a una amnistía que existía para esa época, se dirigió a las dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde fue atendido por un señor, que después supo que era de apellido Osorio, él le hizo la liquidación y a él mismo le pagó parte en efectivo y otra parte en cheque y le expidió unos recibos, pero no le entregó paz y salvo; meses después cuando fueron a sacar los paz y salvo se supo que la deuda estaba vigente y que los recibos que tenía eran falsos.

“Se allegó a folio 76 del expediente la Resolución 03184 de 11 de julio de 1980 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de la cual se declara vacante por abandono el cargo de ayudante de oficina 5155 grado 07 de la Administración de Impuestos Nacionales de Montería, a partir de 9 de junio de 1980 al señor Heraldo Miguel Osorio Montes.

“Obra a folios 86 y 87 las fotocopias autenticadas de los recibos 696371 por un valor de \$241.065 y el BJ-696389 por la suma de \$363.604, expedidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“Pues bien, obran en el proceso pruebas suficientes que demuestran la falla en el servicio, pues los recibos que están calificando de apócrifos

SECCION TERCERA

fueron expedidos por un empleado de la Administración de Impuestos Nacionales de Montería, o sea, el daño fue causado por uno de los agentes del Estado, lo cual conlleva a una responsabilidad administrativa.

“El Honorable Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, en casos similares se ha pronunciado en los siguientes términos: ‘...En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, las tesis de las fallas del servicio público o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la presentación de dichos servicios llegan a causarse daños, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido’ (Sentencia diciembre 12 de 1986, Diccionario Jurídico, Tomo VIII, año 1986, p. 418).

“Esta agencia del Ministerio Público, comparte lo decidido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en su providencia de primera instancia, en cuanto a lo que se refiere a la responsabilidad administrativa y el pago de los perjuicios materiales, pero en cuanto se relaciona con los perjuicios morales, no está de acuerdo, pues precisamente en este aspecto la jurisprudencia, en reiteradas oportunidades, ha señalado que ‘la indemnización por perjuicios morales tiende a la satisfacción del dolor ocasionado por el hecho que produjo el daño’. En el presente caso no se ha causado ningún dolor, pues si bien es cierto que hubo un daño, también es cierto que ello no produjo un dolor, pues el hecho de haberse pagado nuevamente lo y apagado no afecta el aspecto moral” (fls. 192 a 196, C. 1 bis).

LA SALA CONSIDERA

A. Respecto de la caducidad de la acción, la Sala acoge los planteamientos del colaborador fiscal, quien se asiste de razón cuando sostiene, en contra de la tesis de la entidad demandada, que la demanda fue presentada oportunamente.

En efecto, los recibos de pago de la serie BJ, números 696371 y 696389, expedidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales (fls. 86 y 87 del

Cuaderno 1 bis), dan cuenta de las cancelaciones hechas por Alfonso Spath Spath y Ruby García de Spath el 21 de febrero de 1980; como es esta la actuación que origina la demanda, tales la fecha que marca el punto de partida del término de caducidad, el cual, para esa época y según lo disponía el Decreto Extraordinario número 528 de 1964, era de 3 años; significa lo anterior que hasta el 21 de febrero de 1983 era tiempo hábil para la presentación de la demanda; como dicha diligencia se hizo el 18 de febrero anterior, conforme a la manifestación de la demanda, es obvio concluir que el fenómeno de la caducidad no había tenido operancia.

B. También acierta el *a quo* al deducir, del material probatorio que obra en el proceso, una falla del servicio a cargo del Estado; para el efecto, es suficiente repasar esas piezas procesales:

1. El concepto que rindió el abogado de la Sección de Investigaciones del Ministerio de Hacienda, visible al folio 7 del cuaderno 1 bis, cuyo texto expresa:

“Doctora

Gladys Mora de Velásquez

Jefe Sección de Investigaciones

E. S. D.

“Comedidamente me permito devolver a usted el expediente número 2674 de la Administración de Impuestos Nacionales de Montería, el cual me fue entregado mediante nota interna número 241 fechada el 25 de septiembre de 1984, con el fin de que se establecieran los funcionarios de dicha administración que expidieron los recibos de pago de impuestos sobre la renta, presuntamente falsos, correspondientes a la serie BJ números 696371 y 696389, a nombre de los señores Alfonso Spath Spath y Ruby García de Spath, con fecha de expedición 21 de febrero de 1980. Igualmente determinar el funcionario que expidió el certificado de paz y salvo número XO-161333 con fecha 8 de abril de 1980, a nombre de la última citada.

“Como quiera que en el presente caso, no fue posible establecer siquiera un indicio de responsabilidad en cabeza de funcionario alguno de la mencionada administración, y que si bien es cierto que obra dentro del informativo la declaración del señor Alfonso Spath García señalando como autor de tales hechos al ex funcionario Heraldito Osorio Montes, no es menos cierto que la justicia ordinaria era la autoridad competente para

SECCION TERCERA

determinar quién o quiénes habían falsificado tales documentos por tratarse de hechos presuntamente constitutivos de delito; procedió oficiar al Juzgado Segundo del Circuito con el objeto de establecer lo ordenado por el auto devolutivo. En tal virtud, logró establecer que el proceso se encuentra archivado, por haberse dictado el segundo auto de sobreseimiento temporal (V. fls. 118 y 119).

“En consecuencia, la suscrita conceptúa que es procedente el archivo de la presente investigación, toda vez que los supuestos comportamientos irregulares no son atribuibles, de conformidad con la Justicia Penal, a ninguna persona que labore o haya laborado en la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Montería.

“Cordialmente,

“Marlene Vane Núñez.

Abogado Sección Investigaciones.

(fl. 7, C.1 bis)”.

2. Los recibos de pago a que alude el concepto anterior (fls. 86 y 87 del mismo cdno.) cuyos originales fueron constatados por el Tribunal en la Inspección judicial que practicó el 18 de octubre de 1983 (fl. 121) en la cual concluyó: “Al ser examinado por el señor Magistrado a folios 9 y 10 se encontraron los recibos originales que al ser cotejados con los recibos que aparecen en el proceso administrativo son idénticos”;

Estos documentos permiten establecer:

- Que el 21 de febrero de 1980, Alfonso Spath Spath canceló, en favor de la Dirección General de Impuestos Nacionales, la suma de \$241.065, por concepto de impuestos sobre la renta correspondiente al año gravable de 1978.

- Que, en la misma fecha, Ruby García de Spath canceló, por el mismo concepto, y por el período gravable 1974-78, la suma de \$363.604.

3. La inspección judicial llevada a cabo el 20 de octubre de 1983 (fls. 122 y 123) con el objeto de revisar “las tarjetas corrientes correspondientes a Alfonso Spath y Ruby García de Spath”, encontró que “el día 21 de febrero de 1980 no aparece pago alguno”.

4. En esta misma diligencia se pudo constatar que los demandantes cancelaron a la Dirección de Impuestos Nacionales, en varios pagos, entre el 28 de agosto de 1980 y el 8 de marzo de 1983, la suma de \$955.564 y que,

en contra de Ruby García de Spath, la Nación adelantó un proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, si bien, por la fecha del despacho remitido a Cereté (7 de noviembre de 1978), tal proceso es anterior a los hechos que originan esta controversia.

C. No hay duda, pues, respecto de los pagos que hicieron los demandantes a la Dirección de Impuestos, por concepto de impuestos a la renta y complementarios, el 21 de febrero de 1980; tampoco la hay de que tales pagos no ingresaron al tesoro público y, por lo tanto, no se disminuyó o canceló el monto de su deuda.

Esta apreciación es suficiente para visualizar con claridad la comisión de una falla del servicio que impidió a los demandantes el cumplimiento de un deber legal consistente en el pago de sus impuestos; esta clase de actuaciones, por las sanciones pecuniarias que genera su incumplimiento por parte del administrado, están especialmente protegidas por la ley según se deduce del precepto contenido en el artículo 27 del Decreto Extraordinario número 01 de 1984; de modo que, sin excusa, corre a cargo del Estado disponer los mecanismos adecuados y eficaces para que las sumas de dinero que cancelan los contribuyentes ingresen efectivamente al tesoro; con mayor razón cuando la buena fe que preside la relación administración-administrado, se presume en favor de este último, circunstancia que coloca la razón de su parte cuando acude a una oficina recaudadora y uno de sus empleados recibe el pago y le expide el recibo correspondiente, como es el caso; si a la postre resulta que el funcionario expidió recibos falsos, se apropió o extravió el dinero y la deuda del contribuyente no se disminuyó en la misma proporción, es incuestionable que se ha producido una falla del servicio que compromete la responsabilidad patrimonial de la administración.

Las conclusiones anteriores no hacen menester que se identifique al funcionario responsable; sin embargo, en el evento que examina la Sala, existen fuertes indicios que señalan a Heraldó Miguel Osorio Montes como el autor de la conducta reprochable; en efecto, estaba vinculado a la administración de Impuestos Nacionales de Montería desde el 14 de julio de 1978 (fl. 77) hasta el 9 de junio 1980, fecha en la cual abandonó inexplicablemente su cargo (fl. 76); hecho que determinó la declaración de vacancia del mismo aunque, paradójicamente, no generó ninguna investigación disciplinaria o penal; este funcionario no desempeñaba funciones de “cajero o recaudador de impuestos”, ni “estuvo autorizado para recibir dineros por concepto de recaudos” (fl. 85), aunque “en esos días (para el 21 de febrero de 1980) estaba laborando como ayudante en cuenta corriente” según lo declara Carmen Villa

SECCION TERCERA

de Lora, funcionaria de las mismas dependencias administrativas (fl. 156). Todo da a entender que fue Osorio el empleado que recibió el dinero de los demandantes y les expidió los recibos cuyas fotocopias revela el expediente.

D. Se equivoca el Tribunal cuando reconoce un daño moral que no tiene ningún asomo de prueba y que, sin razón ninguna y de modo altamente contradictorio presume se ha ocasionado a los actores; en este aspecto se revocará el fallo impugnado.

E. En cuanto al daño material, se tiene que los demandantes, en conjunto, pagaron la suma de \$604.669, y que, a pesar del pago, su obligación impositiva no disminuyó en la misma cantidad; es decir, quedó insoluta, circunstancia constitutiva del perjuicio material indemnizable. Sin embargo, como las sumas por el los pagadas son distintas es menester individualizarlas, así:

- Alfonso Spath Spath \$241.065
- Ruby García de Spath \$363.604

Estas sumas se debieron actualizar de acuerdo con la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}} \text{osea}$$

$$Ra = 241.065 \frac{268.54}{32.12} = 2.015.429 =$$

$$Ra = 363.604 \frac{268.54}{32.12} = 3.039.919.61$$

Constituido así el daño emergente, se debió cancelar el lucro cesante aplicando al valor histórico el 6% anual, es decir:

$$241.065 \times 6\% \times 9 = 130.175.10$$

$$363.604 \times 6\% \times 9 = 196.346.16$$

Todo lo cual totaliza \$5.381.869.87

Sin embargo, como la aplicación de la fórmula establecida por el *a quo* arroja una condena total por \$1.614.244.40 y la sentencia no fue apelada por la parte actora, no hay lugar a modificarla en su provecho.

En cambio se hará la liquidación que corresponde a cada uno de los demandantes, así:

- Alfonso Spath Spath:

$$241.065 \times 24\% \times 9 = 520.700.40$$

$$520.700.40 + 241.065 = 761.765.40$$

- Ruby García de Spath:

$$363.604 \times 24\% \times 9 = 785.384.64$$

$$785.384.64 + 363.604 = 1.148.988.64$$

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

FALLA:

Revócase el fallo apelado el cual quedará así:

Primero. *Declárase* que la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público es responsable de los perjuicios materiales que ocasionó a Alfonso Spath Spath y Ruby García de Spath con los hechos ocurridos el 21 de febrero de 1980 según se da cuenta en la parte motiva de este fallo.

Segundo. *Condénase* a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar en favor de los demandantes las siguientes sumas:

- En favor de Alfonso Spath Spath, la suma de setecientos sesenta y un mil setecientos sesenta y cinco pesos con 40/100 (\$761.765.40).

- En favor de Ruby García de Spath la suma de un millón ciento cuarenta y ocho mil novecientos ochenta y ocho pesos con 64/100 (\$1.148.988.64) moneda corriente.

Tercero. Estas sumas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego de esa fecha.

Cuarto. *Deniéganse* las demás súplicas de la demanda.

Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirán copias de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, con destino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la parte actora (art. 115 del C. de P. C.).

SECCION TERCERA

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 11 de febrero de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES / LEGITIMACION POR PASIVA

La Ley 6/92 en su artículo 107 suprimió el Fondo Rotatorio de la Aduana y ordenó que la Dirección de Aduanas Nacionales asumiera todos los derechos y obligaciones de la entidad suprimida; en otros términos, las obligaciones del establecimiento público suprimido pasan a cargo de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Aduanas.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS

Si bien es cierto que el decomiso se llevó a cabo por miembros de la F-2 de la Policía Nacional, la sola retención por sí sola no constituye falla y, por tanto, no genera responsabilidades a cargo de la Policía, pues tal situación se produjo porque se adelantaba una investigación penal por el delito de contrabando que afectaba al vehículo materia del estudio. El hecho dañoso consiste en la falta de cuidado necesario para la conservación del vehículo durante el tiempo que permaneció en depósito en los patios del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional y la sustracción de varios de sus elementos; el daño, comprendido por el desvalijamiento y deterioro exagerado del automóvil.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 6983.

Actor: José Antonio Ortiz.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fondo Rotatorio de Aduanas contra la Sentencia proferida por el Tribunal Adminis-

SECCION TERCERA

trativo de Santander el 13 de agosto de 1991, por la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

“Primero. Declárase no probadas las excepciones de caducidad e inepta demanda formuladas por la parte demandada.

“Segundo. Declárase administrativamente responsable al Fondo Rotatorio de Aduana de los perjuicios materiales ocasionados al demandante por el deterioro de su vehículo de placas RA-3228.

“Tercero. Condénase en abstracto al Fondo Rotatorio de Aduanas al pago de los perjuicios causados al señor José Antonio Ortiz, identificado con c.c. número 5542100 Bucaramanga, conforme a las bases señaladas en la parte motiva de esta providencia.

“Cuarto. Absuélvase a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

“Quinto. La suma que resulte de la liquidación incidental de la condena, deberá actualizarse conforme al índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió entregarse el vehículo en condiciones similares a las de su recibo por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas, hasta cuando se produzca el pago.

“Sexto. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

“Séptimo. Compúlsense copias de esta providencia al señor Juez de Instrucción Criminal (Reparto) y a la Procuraduría Departamental para lo de su cargo”.

ANTECEDENTES PROCESALES

José Antonio Ortiz, el 2 de abril de 1990, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa presentó demanda en contra de la Nación colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional y de la Dirección General de Aduanas, Fondo Rotatorio, para que se los declarase responsables de todos los perjuicios causados al actor con ocasión del decomiso arbitrario del vehículo Renault 12 TL, de Placas RA 3228, color naranja, servicio particular, en hechos ocurridos el 28 de agosto de 1987, por miembros del F2, Policía Nacional de Santander.

Como consecuencia de la anterior declaración pidieron que se condenase a las entidades demandadas a pagar los perjuicios materiales comprendidos por daño emergente y lucro cesante y los perjuicios morales.

El actor fundó la demanda en los siguientes hechos:

“1. El señor José Antonio Ortiz le compró el día ocho (8) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), a la señora Gladys Bayona de Peña el vehículo Renault 12 TL, modelo 1975, color naranja, número de motor 1047842, chasis 3985243, de placas RA-3228, capacidad para cinco (5) pasajeros, de cuatro puertas, Manifiesto de Aduanas número 00800 9 de diciembre de 1976, servicio particular.

“2. El señor José Antonio Ortiz, hizo arreglar el vehículo con el fin de venderlo ya que él es propietario de una concesionaria y/o compraventa de carros, gastos que ascendieron a doscientos ochenta y nueve mil ochocientos pesos (\$289.800) según consta en las facturas anexas al expediente.

“3. El día veintiocho (28) de agosto de 1987, el señor Ortiz, tenía el vehículo indicado en el primer hecho, ya arreglado en la sede de su compraventa ubicada en la carrera 20 número 28-52 y se hicieron presentes los agentes del F-2, Hermes Chaparro Niño y Arenales Rodríguez Alcibiades, para advertir a mi poderdante que ese vehículo, Renault 12 TL, de placas RA-2832, tenían que decomisarlo por ser de contrabando, como en efecto lo hicieron.

“4. A raíz de lo anteriormente expuesto, se iniciaron dos investigaciones ante la justicia penal; la una, en el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Aduanero de esta ciudad por contrabando contra Ana María Vargas León y Humberto Insignares Naranjo, y contra Gladys Bayona de Peña quien era la vendedora del vehículo decomisado y descrito en el hecho primero.

“5. Estos procesos fueron acumulados, instruidos y fallados en primera instancia en el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Aduanero, y en segunda instancia por el honorable Tribunal Superior de Aduanas de Bogotá, y el *a quo* decretó cesar todo procedimiento contra los vinculados al proceso en razón a que se demostró que el vehículo decomisado no era de contrabando ni tenía ninguna anomalía en su estructura material, ni en su tramitación administrativa, y el *ad quem* confirmó lo actuado, cuyas sentencias debidamente ejecutoriadas adjunto.

“6. Los señores Hermes Chaparro Niño y Arenales Rodríguez Alcibiades tenían la calidad de funcionarios del Estado, pertenecientes al F-2 de la Policía Nacional y a nombre de esta Institución, posiblemente por órdenes superiores, realizaron una acción contraria a derecho, y en

SECCION TERCERA

consecuencia hace ser responsable al Estado por esta falla administrativa.

“7. El vehículo permaneció fuera del ámbito de su propietario desde el día de su decomiso (28 de agosto de 1987), hasta el 31 de octubre de 1989, fecha ésta en la cual por orden del Juzgado se lo devolvieron a mi poderdante: Según consta en el Acta de Devolución y de Egreso del Almacén número 053 del 31 de octubre de 1989, permaneció este automotor en los patios del Fondo Rotatorio de la Aduana cuya localización queda en el Café Madrid de esta ciudad.

“8. El Juzgado Segundo de Instrucción Penal Aduanero de esta ciudad a través de su oficio 1091 de octubre 18/89 ordenó la devolución del vehículo.

“9. En el tiempo que duró el vehículo en los patios fue desvalijado totalmente de todas su partes y accesorios, tal como consta en el acta de devolución número 053 de octubre 31 de 1989, además por estar a la intemperie el deterioro fue absoluto.

“10. Con ocasión del ilegal decomiso del vehículo y estaba en los patios del Fondo Rotatorio de Aduanas, recibió el demandante los siguientes perjuicios: Perjuicios materiales...”.

La Policía Nacional en el término de fijación en lista solicitó fallo inhibitorio por caducidad de la acción; la Dirección General de Aduanas, por su parte, alegó la falta de presupuestos procesales por cuanto existe una errónea designación de las partes y de sus representantes, y concluyó que las pretensiones planteadas se debían negar.

Precluida la etapa probatoria, la apoderada de la Dirección General de Aduanas, solicitó la absolución de dicha entidad, porque: “...en la situación que denomina el actor ‘ocasión ilegal del decomiso’, no intervino mi poderdante, se halla ajeno a tal hecho; en consecuencia no se puede deducir responsabilidad a quien no cometió ilícito alguno, más aún contra quien no se tiene prueba, hecho o pretensión alguna de responsabilidad...”; la Procuradora Judicial de la Policía Nacional pide que se declare la caducidad de la acción; el actor, después de elaborar un análisis del proceso insistió en la legalidad de lo pedido; el señor Fiscal del Tribunal, consideró que el Fondo Rotatorio de la Aduana debe responder por los perjuicios materiales causados al demandante, tales como lucro cesante y daño emergente; estimó no causados los daños morales; en cambio pidió absolver al Ministerio de Defensa, Policía Nacional, teniendo en cuenta que la falla del servicio no le es imputable:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El *a quo* para adoptar la decisión impugnada, reflexionó de esta manera:

“Sea lo primero aclarar la posible ineptitud de la demanda por indebida denominación de los sujetos pasivos de la acción. Al respecto de la Sala encuentra que si bien el escrito introductorio lo mismo que el alegato de conclusión hacen gala de varias impropiedades desde el punto de vista jurídico en cuanto a la indicación de los sujetos de derecho se refiere, lo cierto es que tales errores no alcanzan a impedir un fallo de mérito sobre las súplicas del señor José Antonio Ortiz.

“En efecto, la demanda en un comienzo dirigió sus solicitudes contra la Nación - Policía Nacional. Posteriormente en la adición folio 46 agrega como parte demandada también a la Aduana Nacional (Fondo Rotatorio de Aduana) a quienes sin distingos califica como... ‘entidad autónoma, con personería jurídica, representada por su Director General doctor José Joaquín palacios Campusano...’, para culminar en el alegato de conclusión afirmando que no importa el nombre, la ubicación ni la jerarquía, lo cierto es que tanto la Aduana Nacional o el Fondo Rotatorio de Aduana ‘...son para el caso de litigio la Nación Colombiana’, a la entidad que debe tenerse como demandada.

“Pues bien; si textualmente se tomaran las afirmaciones del señor apoderado demandante, sin duda que la única persona a quien podría tenerse como parte del proceso sería a la Nación, pues la Aduana en sí misma no existe como ente ni como dependencia de la rama administrativa. Existe la Dirección General de Aduanas (Dec. 2649/88) que como bien lo advirtió el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es una mera dependencia de ese Ministerio. Por tanto no puede comparecer al proceso, ni como demandante, ni como demandada, pues no es sujeto de derechos y obligaciones, así su Director el doctor José Joaquín Palacios Campusano, en oportunidades represente procesalmente a la Nación. El Fondo Rotatorio de Aduanas en cambio sí es una persona jurídica, y como tal puede acudir al juicio. Y no es solamente cuestión de denominaciones. La organización del Estado Colombiano con su centralización política y su descentralización administrativa consagrada en la Constitución Política de 1886, no puede pasar desapercibida para efectos de los sujetos de derecho público ya que conforme a sus postulados que encuentran desarrollo en las leyes sobre la materia, es como se conforman las personas jurídicas de derecho público como el Fondo Rotatorio de Aduanas, creado como establecimiento público del

SECCION TERCERA

orden nacional por el Decreto 1166 de 1963 y reorganizado por Decreto 2649 de 1988. Esta entidad, por tener personería jurídica sí podía aparecer como parte demandada, y por eso la Sala interpretando la demanda, en el auto admisorio y en la notificación respectiva así lo dispuso.

“Siendo entonces, que el Fondo Rotatorio de Aduanas tuvo oportunidad como persona jurídica de derecho público, de acudir al proceso en defensa de sus intereses, la Sala estima que por este aspecto la irregularidad en que incurrió la demanda quedó subsanada; y procede un fallo de mérito sobre sus pretensiones.

“En lo concerniente a la caducidad de la acción que plantea la apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa Policía Nacional-, el Tribunal considera que esta afirmación carece de fundamento. Basta examinar la fecha en que se le hizo entrega del automotor al demandante 31 de octubre de 1989, fl. 19, y el día en que fue presentada la demanda, 5 de abril de 1990, para concluir que de acuerdo a lo previsto por el C. C. A., en su artículo 136, el derecho consagrado por el artículo 86 *ibidem* se hallaba vigente”.

“...”

“Pues bien, del examen de los elementos probatorios que acaban de reseñarse la Sala concluye que le asiste razón al señor demandante en cuanto al pago de perjuicios materiales se refiere.

“En efecto, basta comparar el acta de ingreso de su vehículo al almacén del Fondo Rotatorio de Aduanas con el acta de devolución, para concluir que durante el depósito del automóvil, este sufrió un considerable deterioro, pérdida que no puede justificarse en manera alguna.

“Es de advertir que a la Nación (Policía Nacional) habrá de absolverse de los cargos que la demanda formula, porque no aparece ni el más mínimo indicio de responsabilidad por las actuaciones de sus agentes. El personal que hizo la incautación del vehículo cumplió con su deber de carácter policivo. No fue bajo su custodia que se produjo el desvalijamiento del automóvil.

“Debe en cambio responder el Fondo Rotatorio de Aduanas, porque estando encargado de cuidar el vehículo mientras la justicia adelantaba la investigación, sucedieron las anomalías que se evidencian en el acta de egreso.

“En estos casos en que el depósito es necesario porque al dueño no le queda otra opción que entregar sus bienes a la entidad que la ley dispone, la responsabilidad adquiere el carácter de objetiva. No es menester en estos eventos demostrar la falla del servicio. Dados los presupuestos del daño (desvalijamiento del vehículo), la actuación de la Administración (el almacenamiento del vehículo) y el nexo o relación de causalidad entre el uno y la otra, surge la responsabilidad y por ende la obligación de indemnizar”.

El Tribunal, una vez dedujo la responsabilidad de la administración, condenó a pagar *in genere* daño emergente por concepto de perjuicios materiales, pero negó la condena por lucro cesante y el reconocimiento por perjuicios morales.

El Fondo Rotatorio de Aduanas interpuso el recurso de apelación; su inconformidad consistió en la designación incorrecta de las partes; en la no aplicación consecuente del numeral 1º del artículo 137 del C. C. A.; en la ausencia de falla del servicio, porque los daños producidos al vehículo se causaron por culpa del actor, quien se despreocupó completamente del mismo durante el tiempo que duró la retención.

En el trámite de segunda instancia, la Dirección General de Aduanas presentó alegatos de conclusión y solicitó revocatoria de la Sentencia; estimó que el Tribunal falló *extra petita*, ya que el demandante en ninguna de sus pretensiones solicitó indemnización por el deterioro del vehículo; la parte actora en el término legal guardó silencio y la señora Fiscal 2ª de la Corporación emitió concepto en el sentido que se confirme la sentencia recurrida, por lo siguiente:

“...”

“Fueron pues dos hechos por los cuales se responsabiliza al Fondo Rotatorio de Aduanas; uno se relaciona con la forma misma del depósito del carro que permaneció a la intemperie, lo que causó un deterioro o daño en el vehículo, y el otro se relaciona con el hurto de algunas piezas y accesorios del mismo.

“Comparando las dos actas, la de depósito o ingreso del vehículo, de fecha 16 de septiembre de 1987 (fl. 84) con la de entrega del mismo, acta número 053 de 31 de octubre de 1989 (fl. 19), es evidente que los hechos que se le imputan al mencionado ente oficial sí ocurrieron. Dice así la última de las mencionadas actas.

SECCION TERCERA

“...faltantes: 2 cocuyos delanteros, aro derecho farola delantera, radiador, bomba de gasolina, distribuidor completo, carburador, instalaciones de alta, generador corriente, etc., radio y 2 parlantes, motor de limpiabrisas, y otra serie de implementos. El capote se encontró roto. El estado general en completo deterioro. Los faltantes se consideraron producto del desvalijamiento” (fl. 65).

“Los hechos anteriores no fueron desvirtuados por la administración. Su único medio de defenderse ha consistido en formular excepciones y atacar la falta de técnica de la demanda”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Legitimación en la causa activa: José Antonio Ortiz demostró la calidad de poseedor del vehículo con la copia de solicitud de traspaso y el contrato de permuta celebrado con la señora Gladys Bayona de Peña (fls. 17 y 36); por lo tanto probó el interés jurídico para actuar en el proceso.

El recurrente pide se revoque la sentencia, y fundamenta su inconformidad en la falta de presupuestos procesales, por cuanto, en la demanda no se designaron correctamente a las partes y sus representantes, hecho que configura ineptitud de la demanda.

La acción fue dirigida inicialmente contra la Nación colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional y en el escrito de adición presentado oportunamente, se señaló como demandado a la Aduana Nacional, Fondo Rotatorio de Aduana.

Por cuanto la demanda no es un modelo de técnica jurídica, es necesario precisar algunos conceptos; el Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, tuvo la naturaleza jurídica de establecimiento público, con personería jurídica y patrimonio independiente, y la Dirección General de la Aduana Nacional una dependencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Ley 6ª de 1992 en su artículo 107 suprimió el Fondo Rotatorio de la Aduana y ordenó que la Dirección de Aduanas Nacionales asumiera todos los derechos y obligaciones de la entidad suprimida; en otros términos, las obligaciones del establecimiento público suprimido pasan a cargo de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General de Aduanas-, y como esta entidad es una de las demandadas será ella la llamada a asumir la obligación pecuniaria.

Bajo estos presupuestos, la Nación colombiana, se hizo parte en la controversia, por un lado a través del Ministerio de Defensa-Policía Nacional y por el otro a través de la Dirección General de Aduanas y del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional.

El Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional manifiesta que el demandante no pide en sus pretensiones indemnización por el deterioro y el desvalijamiento del vehículo; sino por su decomiso; de la anterior constatación deduce el demandado que el Tribunal adoptó una decisión incongruente. Al respecto la Sala debe precisar interpretando la demanda, que el actor solicitó en la primera pretensión, que se declare la responsabilidad de la administración por los perjuicios causados “con motivo de la falla del servicio originada por acción, en hechos ocurridos *con ocasión* del decomiso infundado del vehículos de Placas RA-3228, Renault 12Tl...”. De lo anterior se relleva que “con ocasión” del decomiso, se produjeron los daños al vehículo, consistentes en el deterioro exagerado y desvalijamiento del mismo. Además, en la causa *petendi* de la demanda se hace una descripción detallada de los daños, sufridos por el automóvil durante el tiempo que permaneció en depósito en los patios del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional.

La Sala estima que, no existe ningún impedimento para proferir decisión de fondo.

La acción no ha caducado por cuanto la devolución del vehículo se produjo el 31 de octubre de 1989 mediante acta número 053, y la demanda se presentó el 2 de abril de 1990.

Responsabilidad patrimonial

La Sala modificará la determinación del Tribunal para precisar que la entidad llamada a responder por los perjuicios causados no es el Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, por haber desaparecido esta entidad como se dijo antes, sino que es la Dirección General de la Aduana Nacional quien debe responder por los hechos constitutivos de la falla del servicio.

Si bien es cierto, que el decomiso se llevó a cabo por miembros del F-2 de la Policía Nacional, Seccional Santander el 28 de agosto de 1987, la sola retención por sí sola no constituye falla y, por lo tanto no genera responsabilidades a cargo de la Policía, pues tal situación se produjo porque se adelantaba una investigación penal por el delito de contrabando que afectaba al vehículo materia de estudio.

Los elementos que comprometen la responsabilidad por falla del servicio quedaron demostrados: el hecho dañoso consiste en la falta de cuidado necesario para la conservación del vehículo durante el tiempo que permaneció en depósito en los patios del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional y la sustracción de varios de sus elementos; el daño, comprendido por el

SECCION TERCERA

desvalijamiento y deterioro exagerado del automóvil y la relación de causalidad entre uno y otro; surge de las mismas circunstancias descritas.

Estos presupuestos se probaron con el acta de ingreso del vehículo número 862 del Fondo Rotatorio de Aduanas fechada el 16 de septiembre de 1987, en la que certifica que el automóvil Renault 12 de placas RA 3228, modelo 1975, motor 1047842 consta de: motor completo, una batería, un espejo lateral, una antena, radio, dos plumillas limpiabrisas, dos farolas, dos defensas, dos stops, vidrios completos, cuatro llantas buen estado, un espejo interno, dos parasoles, tres cojines, asientos buen estado, un radio pasacintas, dos parlantes, latonería y pintura buen estado y cuatro llaves *swichs*; todo por un valor de un millón seiscientos mil pesos; el acta está suscrita por el Jefe de Almacén del Fondo Rotatorio, por un funcionario de la Contraloría General de la República y por un aforador de Aduanas.

El daño se demostró con el acta de egreso número 053 de 31 de octubre de 1989, fecha en la cual el vehículo fue devuelto a su propietario, carente de estos elementos: dos cocuyos delanteros, aro derecho farola delantera, radiador, bomba de gasolina, distribuidor completo, carburador, instalaciones de alta, generador corriente, radio, dos parlantes, parabrisas y otra serie de implementos; el capot se encontró roto y el estado general en completo deterioro. El documento está firmado por el almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas, el revisor delegado de la Contraloría General de la República y el demandante.

En consecuencia la Dirección General de Aduanas entidad que asumió las obligaciones del Fondo Rotatorio deberá responder por los perjuicios causados al demandante debido a que las anomalías indicadas en el párrafo anterior ocurrieron cuando el vehículo estaba en depósito impuesto por obligación legal.

Perjuicios morales

La Sala comparte la decisión del *a quo* al negar la condena por perjuicios morales, por cuanto el deterioro y desvalijamiento del vehículo por sí mismo no constituyen una aflicción espiritual que pueda apreciarse económicamente.

Perjuicios materiales

El actor solicita el pago de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante; la Sala encuentra que sólo se demostró el daño emergente, el cual está relacionado con la pérdida del valor pecuniario del automóvil por los daños causados; no se reconocerá el lucro cesante por cuanto no existe prueba

del mismo. En consecuencia la condena se hace por la suma pagada por el demandante con ocasión del arreglo del vehículo después de que fue retirado de los patios del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, más la actualización hasta la fecha de conformidad con los índices de precios al consumidor expedidos por el Dane, de acuerdo con los siguientes gastos efectuados por el actor:

a) Pago realizado a Tecnicentro García	\$120.000.00
b) Juan Carlos Uribe Franco	164.300.00
c) Tapicería Prada	150.000.00
d) Industrias Metal-Eléctrica	250.000.00
e) Grúas Pinturama	7.000.00
f) Almacén y Taller Electro Aire	100.000.00
Total:	791.300.00

Los documentos se encuentran reconocidos por los respectivos firmantes:

La fórmula a aplicar para actualizar será:

$$V_h \times \text{Índice final}$$

$$V_p = \frac{\dots}{\dots}$$

$$\text{Índice inicial}$$

$$791.300.00 \times 268.54$$

$$V_p = \frac{\dots}{122.19}$$

$$V_p = 791.300.00 \times 2,19$$

$$V_p = 1.739.059.67$$

$$V_p = \$1.739.059.67$$

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

FALLA:

Primero. *Modifícase* la sentencia de agosto 13 de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander la cual quedará así:

SECCION TERCERA

Segundo. *Declárase* no probadas las excepciones de caducidad e inepta demanda formuladas por la parte demandada.

Tercero. *Declárase* administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General de Aduanas, de los perjuicios materiales causados al demandante por el deterioro de su vehículo de placas RA-3228.

Cuarto. *Condénase* a dicha entidad a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma total de \$1.739.059.67 (un millón setecientos treinta y nueve mil cincuenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos) moneda corriente, en favor de José Antonio Ortiz identificado con cédula de ciudadanía número 5542100 de Bucaramanga.

Quinto. *Absuélvase* a la Nación, Ministerio de Defensa-Policía Nacional, de los cargos formulados en la demanda.

Sexto. *Deniéganse* las demás súplicas de la demanda.

Séptimo. Este fallo deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Octavo. *Compúlsese* copias a la Dirección General de Aduanas para su cumplimiento.

Noveno. *Compúlsese* copias a la Procuraduría Departamental de Santander para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de fecha once (11) de febrero de 1993.

**MINISTERIO PUBLICO / INTERVENCION EN PROCESOS /
LLAMAMIENTO EN GARANTIA / PROCURADOR JUDICIAL
ANTE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO - Funciones**

El Ministerio Público como parte imparcial en los procesos en que según la ley ha de intervenir, velará por el estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales, fuere quien fuere la parte interesada que resulte favorecida con su intervención. Dicho de otra manera, en cada caso, tal funcionario optará por abogar en favor de la parte demandante o de la parte demandada, pero en todo caso conforme a la legalidad. Los señores agentes delegados de la Procuraduría que intervienen en los procesos contencioso -administrativos, están legitimados para hacer llamamiento en garantía en condiciones y términos previstos por los artículos 217 del C. C. A. y 57 y 58 del C. P. C.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Ref.: Expediente número 8034.

Demandado: Municipio de Sincelejo.

Actores: Carmen E. Samur de Samur y otros.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procurador 44 Judicial ante el Tribunal Administrativo de Sucre, contra el auto de 28 de octubre de 1992 proferido por el mismo, mediante el cual denegó la solicitud de llamamiento en garantía presentada por el Procurador Delegado en esa Corporación.

El funcionario aludido mediante escrito que obra al folio 63 solicitó ante el Tribunal Administrativo:

SECCION TERCERA

“Dentro del proceso de la referencia este Despacho se permite solicitar con fundamento en los artículos 57 del C. de P. C., en armonía con el 90 de la Constitución Nacional y 77 y 78 del C. C. A., que se haga un llamamiento en garantía al señor Eric Morris Taboada, que fue quien, en su condición de Alcalde Municipal de Sincelejo, ordenó los trabajos a que se contrae la demanda, por ser el presuntamente responsable de indemnizar el perjuicio que llegare a sufrir la entidad demandada en caso de que resultare condenada.

“Bajo la gravedad del juramento, manifestamos que desconocemos la dirección del señor Morris Taboada.

“Se agradece, entonces, proceder en conformidad con las prescripciones del artículo 57 citado y los dos que le anteceden”.

Consideró el Tribunal que el derecho a hacer el llamamiento en garantía conforme al artículo 217 del C. C. A. sólo le corresponde a la parte demandada, calidad ésta que no tiene el Procurador Delegado, el que si bien es considerado como parte (art. 127 del C. C. A.) carece en este caso de la condición de demandado, de donde concluye que dicho funcionario no puede ejercer funciones como la de denunciar el pleito o hacer un llamamiento en garantía. A criterio de la *a quo* “el argumento de que por el simple hecho de ser el Ministerio Público considerado como ‘parte’ puede realizar el llamamiento en garantía, no es de recibo dado que no sólo se requiere para pedirlo ‘interés jurídico’, sino el ‘interés sustancial’, que sólo tiene la parte demandada y esa es la razón por la cual el artículo 217 mencionado excluye al Ministerio Público. En consecuencia, la solicitud es improcedente”.

De otra parte sostiene el Tribunal que los hechos sobre los que se fundamenta el Llamamiento en Garantía deben determinarse, clasificarse y enumerarse para que el juez pueda observar el fundamento de la petición. Tal sistema, sin embargo, no lo encuentra desarrollado en el proceso por cuanto la afirmación de que “determinado funcionario ordenó unos trabajos específicos no es causa suficiente para llamarlo en garantía, sino que es necesario demostrar con razones de hecho que el denunciante tiene por la relación sustancial existente el derecho de exigir el pago de la indemnización” como presupuesto para configurar la responsabilidad del agente administrativo.

Frente a la carencia de hechos que sirvan de fundamento al Llamamiento en Garantía, el *a quo* agrega que deben venir debidamente determinados, clasificados y enumerados, tal como se presentan en la demanda, con el objeto de que el juez pueda observar el fundamento de la petición. En el presente

caso, no es posible efectuar dicha evaluación porque el escrito de petición no contiene estos aspectos; el hecho de afirmar que determinado funcionario ordenó unos trabajos específicos no es causa suficiente para llamarlo en garantía, sino que es necesario demostrar con razones de hecho que el denunciante tiene por la relación sustancial existente el derecho a exigir el pago de la indemnización o el reembolso, dado que la actuación administrativa se desarrolló con base en la *culpa grave* o el *dolo* del funcionario (art. 77 del C. C. A.) que son presupuestos *sine qua non* para que se configure la responsabilidad personal del agente administrativo. Así las cosas, no basta para que opere el llamamiento en garantía en el derecho administrativo la relación de la que hablamos, sino que es necesario que se alegue y se demuestre la culpa grave o el dolo del funcionario en el manejo del contrato o en el hecho que genera el perjuicio. Para esta Sala este tipo de actuaciones no se puede realizar indiscriminadamente, sino que cada caso debe ser estudiado de manera detenida y cuidadosa, porque una convocatoria sin fundamento puede causarle perjuicios al particular citado a responder. Los procesos generan gastos económicos y morales, por la aflicción natural a que se ve abocado quien soporta las acusaciones de malversación o irregularidades de su gestión. De tal manera que el acomodo de esta figura de estirpe netamente civilista al derecho público no puede ser enfocada exclusivamente desde el punto de vista de la relación sustancial como lo hace el agente del Ministerio Público, sino que deben existir los otros factores mencionados: *culpa grave* o *dolo*" (fls. 69 y 70).

El Magistrado Ramiro Vergara García salvó su voto al apartarse de la providencia hoy recurrida, pues, en su sentir "se reúnen, aunque en forma muy concisa los requisitos de los artículos 55 y siguientes del C. de P. C.", recalcando que el Ministerio Público cuando decide ser parte en el proceso Contencioso Administrativo, lo hace en defensa del orden jurídico, pues "debe ponerse de lado de la parte que él juzgue, estar a favor de ese interés, por lo tanto puede fungir como demandante o como demandado... ¿De qué le serviría ser parte en un proceso si no puede desempeñarse como tal?" (fls. 71 y 72).

El Procurador Judicial acreditado ante el Tribunal Administrativo de Sucre al interponer el recurso de apelación, lacónicamente lo sustenta haciendo énfasis en que conforme al artículo 127 del C. C. A. "deben desarrollarse sus funciones en defensa del interés jurídico y, por ello, propiamente no se le puede considerar como parte demandada en el tipo de procesos en que es procedente este llamamiento, ya que sólo podrían hacerlo las entidades

SECCION TERCERA

públicas y privadas que ejerzan funciones públicas y que hubieren sido designadas como tales en la demanda...; el llamamiento en garantía es procedente en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a petición del Ministerio Público, aunque no se encuentre expresamente autorizada por el artículo 217 del C. C. A. en razón de que este funcionario, por mandato expreso del artículo 127 es parte en todos los procesos que se sigan en dicha jurisdicción” (fl. 73).

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

Primero. Hizo bien el Tribunal al concluir que el auto de 28 de octubre de 1992, por su naturaleza y por cuanto así lo dispone el artículo 56 del C. de P. C., aplicable al proceso Contencioso Administrativo, es de los apelables.

Segundo. El artículo 90 de la nueva Carta Política al consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos causados por acción u omisión de autoridades públicas, estableció que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Por su parte el artículo 277 de la misma Carta Constitucional atribuye al Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; defender los intereses de la sociedad; intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Tercero. El Ministerio Público como parte *imparcial* en los procesos en que según la ley ha de intervenir, velará por el estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales, fuere quien fuere la parte interesada que resulte favorecida con su intervención. Dicho de otra manera, en cada caso, tal funcionario optará por abogar en favor de la parte demandante o de la parte demandada, pero en todo caso conforme a la legalidad.

Por ello, no resulta exótico que el delegado de la Procuraduría General de la Nación, en determinado proceso, tomando en consideración las funciones que ésta debe cumplir, como quedó visto a voces del artículo 277 de la Carta Política, opte por abogar por la defensa de los intereses del ente público demandado, en condiciones y términos previstos por la última parte de la preceptiva contenida en el artículo 90 de la referida Carta Política, todo con

miras a repetir del funcionario público que hubiere dado lugar a la condena por su proceder doloso o gravemente culposo. Se entiende que el Ministerio Público así procederá por razones de unidad y economía procesales, para defender intereses económicos del ente público respectivo. Así, con esta interpretación integral o sistemática de las disposiciones legales o constitucionales atrás referidas, los señores agentes delegados de la Procuraduría, que intervienen en los procesos Contencioso Administrativos, sí están legitimados para hacer llamamiento en garantía en condiciones y términos previstos por los artículos 217 del C. C. A., 57 y 58 del C. de P. C.

Cuarto. Ocurre sin embargo que en el *sub lite* el señor Procurador 44 delegado ante el Tribunal Administrativo de Sucre, como puede verse a folio 63, lacónicamente pretende el llamamiento en garantía del señor Erick Morris Taboada, ex Alcalde Municipal de Sincelejo, pero sin que cumpliera con todos los requisitos previstos en el artículo 55 del C. de P. C., aplicable a dicha figura procesal, especialmente por cuanto no hizo narración de los hechos en que basa dicho llamamiento ni los fundamentos de derecho que pudieran asistirle (numeral 3, artículo 55 del C. de P. C.), lo que impide darle trámite a su pretensión, por lo cual tuvo razón al ser rechazada por el *a quo* con providencia de 28 de octubre de 1992.

Por lo expuesto, no ha de prosperar la apelación impetrada y en su lugar se confirmará la providencia impugnada, conforme con las precisiones que aquí se consignan.

Consecuencialmente la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado, esto es, el de 28 de octubre de 1992 proferido en el proceso del rubro por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DAÑO ANTIJURIDICO / RESPONSABILIDAD OBJETIVA / RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS

La finca antes de ser afectada con las obras referidas, se encontraba en perfectas condiciones de conservación y mantenimiento y luego de los trabajos de ampliación de la vía sufrió los desperfectos advertidos en la inspección judicial. No se puede alegar como eximientes el caso fortuito o una conducta diligente y cuidadosa, por cuanto en este tipo de responsabilidad, antes que la antijuridicidad del actuar del ente administrativo, lo que importa es la antijuridicidad del daño, el cual, resulta antijurídico cuando a pesar de ser legítima la conducta de la administración, la misma causa un perjuicio a quien no estaba obligado a soportarlo. El Departamento debe patrimonialmente responder por los daños antijurídicos causados al inmueble de las demandantes, por los trabajos públicos realizados, daños éstos que las propietarias no estaban obligadas a soportar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7340.

Demandado: Departamento de Antioquia.

Actoras: Yolanda Monsalve Gómez y Ligia Gómez Velásquez.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de diciembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1. *La demanda*

Ligia Gómez Velásquez y Yolanda Monsalve Gómez, en ejercicio de la acción de reparación directa, el 9 de marzo de 1987, por conducto de apoderado presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, y la complementaron a solicitud del mismo Tribunal el 20 de abril de 1987, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que el Departamento de Antioquia es responsable, como ejecutor de las obras de recuperación de la carretera Medellín-Santa Elena-Sajonia de los perjuicios ocasionados a la sucesión de José Manuel Monsalve Mejía, y a la copropietaria Yolanda Monsalve Gómez en el inmueble consistente en un bien raíz situado en el Paraje Media Luna de este Municipio, cuyos linderos según el título de adquisición son los siguientes:

a) Por el frente con la carretera que de Medellín conduce a Rionegro, por un costado, por un amagamiento arriba, hasta donde hay un mojón de piedra, con propiedad que fue de Juan de Dios Vásquez, hoy del comprador, por cabecera de dicho mojón, línea recta a otro mojón de piedra, con propiedad que fue del mismo Juan de Dios Vásquez, hoy del mismo comprador, hasta salir a la carretera citada; por ésta abajo, al punto de partida. Tiene derecho al uso del agua que nace en el punto denominado El Higuerón, en propiedad de Juan Dios Vásquez;

b) Un lote de terreno, con sus mejoras y anexidades, situado en el Paraje Media Luna de este Distrito, que el comprador denomina ‘El Pretil’ y que linda: ‘Cabecera, con la carretera de Rionegro; un costado con predio de herederos de Ventura Mesa, hasta salir de nuevo a la carretera; pie con predio de María de la Luz Vásquez, hasta un mojón, de este mojón hasta otro mojón que está en un amagamiento; y amagamiento arriba, lindando con el vendedor, hasta la carretera’ ”.

“Segunda. Que, como consecuencia, el Departamento de Antioquia debe pagar de su tesoro a la señora Ligia Gómez Velásquez en su condición de cónyuge supérstite; a quién o quiénes representen los derechos en la sucesión del señor José Manuel Monsalve Mejía, y a Yolanda Monsalve Gómez, la cantidad de tres millones doscientos mil pesos (\$3.200.000.00) moneda legal colombiana, por concepto de los perjuicios ocasionados a la propiedad antes citada, o la cantidad que resulte definitivamente probada dentro del proceso.

SECCION TERCERA

“Tercera. Que sobre dicha suma, o de la que se reconozca como monto de los perjuicios, se liquide el índice de precios al consumidor corrido entre la fecha de ocurrido el hecho de la causación del daño y la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia, a fin de mantener el poder adquisitivo real de la suma de la reparación, para que el monto de lo reconocido sea igual al monto del perjuicio causado.

“Cuarta. Que la suma reconocida como indemnización debe pagarse con intereses, a título de lucro cesante, desde la fecha de ocurrencia del hecho causante del perjuicio hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia.

“Quinta. Que la cantidad líquida que se reconozca devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y moratorios después de ese término.

“Sexta. Que al fallo se dé cumplimiento en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, con aplicación del artículo 178 del mismo Código”.

2. Fundamentos de hecho

Se relacionaron en la demanda a los folios 111 a 115, y de los mismos hizo *la quo* la siguiente síntesis:

“1. El Departamento de Antioquia celebró con la firma Conasfaltos Ltda., ‘Concretos y Asfaltos Limitada’ un contrato, mediante el cual la sociedad contratista se obligó a ejecutar todas las obras necesarias para la recuperación de la carretera Medellín-Santa Elena-Sajonia. Iniciada la ejecución de las obras de recuperación de la carretera, según lo pactado por el Departamento, al avanzar los cortes de la carretera por el kilómetro ocho (8) donde queda ubicada la finca ‘El Pretil’, la demandante Yolanda Monsalve Gómez, copropietaria del inmueble advirtió el peligro que ofrecían para su predio y las construcciones en él existentes; así lo hizo saber al Gerente de Conasfaltos Ltda. en el mes de enero de 1985.

“2. En el mes de abril de 1985, el señor José Manuel Monsalve, copropietario de la finca ‘El Pretil’, presentó queja verbal ante el Inderena por el deterioro que estaba sufriendo la fuente que abastece de agua a dicha finca, a consecuencia de la tierra y piedra que caían de los cortes de la carretera al lecho de la fuente. Constatado el daño el Inderena ordenó al contratista su inmediata solución, requerimiento que hizo por conducto de la Inspección 16 Municipal de Policía de Santa Elena.

“3. Según lo reconoció la Interventoría de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, al realizar en su propiedad un corte en el talud para lograr la ampliación necesaria de la vía, se presentó un deslizamiento y como consecuencia de ello, las escalas de acceso a la finca y su portada, los árboles que reforestaban el lugar desaparecieron; las baldosas de la casa se movieron dejando grietas, lo mismo que las paredes.

“4. En vista de los gravísimos daños sufridos, la señora Monsalve Gómez solicitó a este Tribunal como prueba anticipada, la práctica de una inspección judicial en asocio de peritos, para evitar que el transcurso del tiempo pudiera dificultar o alterar la prueba de la causa determinante de tales daños. En desarrollo de la ameritada petición, la Corporación se trasladó a la finca ‘El Pretil’ y procedió a identificar el inmueble y los deterioros de la propiedad, quedando detallado minuciosamente en el acta que se levantó durante la diligencia.

“5. En forma unánime los peritos dictaminaron que la causa directa e inmediata de los daños y perjuicios sufridos por la finca ‘El Pretil’ fue la ejecución de las obras de recuperación de la vía Medellín-Santa Elena-Sajonia y que existe relación directa de causa y efecto entre las obras de recuperación y la propiedad afectada. Agregan además, que la pérdida parcial de la arborización obedeció al deslizamiento del terreno en la parte inferior por el ensanche de la vía y a descarga de material de corte de terreno en su parte superior”.

3. Actuación procesal

El Gobernador de Antioquia fue notificado del auto admisorio de la demanda y designó apoderado para representar al departamento, quien se abstuvo de contestar la demanda. Al momento de alegar de conclusión (fls. 194 a 198), sostuvo que a Yolanda Monsalve Gómez se le había informado de los trabajos que debía realizar para evitar daños posteriores y que el Departamento de Antioquia no “ha sido negligente ni responsable del daño que se le imputa”. Argumenta que el Departamento requirió a la firma Conasfaltos respecto de los daños causados en la fuente de agua de la finca ‘El Pretil’ y que el terreno de ese sector ‘siempre ha tenido el problema de la desestabilización”.

Descarta así mismo el valor probatorio de la inspección judicial anticipada por cuanto “no se dio curso por ese Tribunal por considerarlo improcedente... a la oposición que dentro de la oportunidad legal formuló la entidad... no podrá tenerse dicha prueba como controvertida y por ello debe considerarse como

SECCION TERCERA

un indicio". Las objeciones aludidas se referían a que no hay fundamentos técnicos para que los peritos sostuvieron que la causa directa e inmediata de los daños fueron las obras realizadas en la vía Medellín-Santa Elena-Sajonia; que el corte de talud se hizo en la faja de terreno perteneciente al Departamento de Antioquia; que las aguas lluvias y negras estaban encausadas hacia el talud y no hacia la quebrada, por lo que se hizo necesario construir un muro de gaviones en la parte baja del terreno; que el asentamiento se presentó porque la casa estaba construida sobre un "lleno" y los desagües estaban dirigidos al talud, por lo cual se construyó el muro de corona para evitar perjuicios al inmueble.

Considera la apoderada del Departamento de Antioquia que no se probó la falla en la ejecución de las obras, por cuanto los hechos expuestos en la demanda no fueron demostrados, como no se probó tampoco el verdadero lucro cesante que pudo haber sufrido la parte demandante.

El Fiscal Segundo del Tribunal consideró "que debe accederse a las peticiones de la demanda, pero en cuanto a la segunda lo será en forma genérica por cuanto no se demostró la cuantía de los daños y perjuicios causados...".

4. La sentencia apelada

Se refiere el Tribunal inicialmente a la diligencia de Inspección Judicial anticipada, practicada por el mismo Tribunal el 25 de febrero de 1986, para cuestionarla porque "no se identificó el inmueble por su ubicación, linderos, características, cabida, mejoras en él existentes en forma tal que permitieran concluir que es el inmueble a que se refiere la solicitud de diciembre 9 de 1985", por cuanto el alinderamiento hecho en la inspección judicial se basó en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que se refiere al lote b) del inmueble descrito en la solicitud de la diligencia y no a toda la finca. Critica también el *a quo* la prueba aludida porque "no se dice cuáles son las medidas de la casa, su ubicación dentro de lote, la distancia a la carretera donde se hizo el talud, la distancia al arroyo de donde se toma el agua para consumo, ni se aclaró si los 20 m. de corredor son longitudinales o cuadrados, si las grietas se presentaron en todas las paredes, ni se estableció la relación entre un botadero de escombros y el amagamiento que pasa cerca de la casa.

Desestimó también el Tribunal el dictamen pericial que fijó en \$3.200.000 el monto indemnizatorio, porque los expertos no informan "qué investigaciones efectuaron para determinar la causa de los deterioros, pues, se limitaron a responder sin ningún esfuerzo, ni análisis técnico, las preguntas formuladas por el solicitante".

Con relación a los testimonios aportados estima el *a quo* que “no son contestes, responsivos en cuanto a los hechos de la demanda, son por el contrario, vagos e imprecisos y se refieren a generalidades. De sus versiones no se deduce la cantidad y la calidad de los daños a que se refieren en sus declaraciones”.

Se sostiene también en el fallo apelado que “el terreno donde se realizó el corte para el ensanche de la carretera que dio origen al deslizamiento no era terreno natural sino terraplén procedente de la exploración para construir la casa. Todas las aguas de la casa desaguaban en el talud ocasionando una total desestabilización en el mismo siendo de cargo de la demandante recogerlas todas para llevarlos a desaguar en la quebrada y construir un filtro detrás de la casa... Todo lo anterior como requisito necesario para que Obras Públicas pudiera garantizar los trabajos de estabilización que estaba realizando por valor superior a “\$2.500.000”.

Expresa además el Tribunal que los demandantes no sólo omitieron ejecutar los trabajos que les correspondía, “sino que ordenaron quitar el pasto cocuy con que la Secretaría sembró todo el talud de la carretera que se estaba derrumbando, para darle estabilidad, según recomendación del geólogo”.

Concluye el *a quo* que “no se dan los supuestos para configurar la responsabilidad del Estado, pues no se demostró en qué consistió realmente la falta del servicio; tampoco se estableció en qué consistió el daño y como consecuencia de lo anterior no hay premisas que deban relacionarse causalmente. En consecuencia no se acreditaron los elementos constitucionales de la falla en el servicio”.

5. Razones de la apelación

Descontenta la parte actora con la sentencia anterior interpuso contra la misma recurso de apelación y sustentó su inconformidad con las siguientes razones:

Estima que el fallador desbordó los límites de su potestad “al decidir exclusivamente sobre aspectos que no le fueron propuestos por las partes y dejando de decidir acerca de la materia que fue sometida a su consideración en la demanda, en forma precisa”. Esta afirmación del recurrente deviene del criterio sostenido por el *a quo* en el sentido de que “no se acreditaron los elementos constitutivos de la falla en el servicio, cuando en la demanda “en ninguna parte se menciona que esa responsabilidad la asuma el Departamento de Antioquia por falta o falla del servicio”, según el impugnante, para quien se da también la responsabilidad de la administración sin necesidad de probar la

SECCION TERCERA

existencia de la falla en el servicio, como en los casos de daño especial, almacenaje y “daños causados por trabajos públicos”. Precisamente, afirma el recurrente, no se mencionó “para nada la falla del servicio, solamente las obras públicas”. En este tipo de acciones, manifiesta “el daño debe recaer sobre un inmueble, o sobre personas que estén dentro del inmueble; si no fuere así, la acción para obtener la reparación ya no sería la especial de trabajos públicos sino la común u ordinaria “por falla del servicio”, sin que esto quiera significar que, procesalmente hablando, tengan un trámite diferente como en el sistema anterior...”.

Expresa el apelante que ni el Magistrado, ni los peritos que intervinieron en la inspección judicial dudaron de haber examinado el inmueble de las demandantes, “que es el mismo donde se efectuó un corte para adecuar las obras de ampliación de la carretera Medellín-Santa Elena-Sajonia, a consecuencia del cual se ocasionaron perjuicios a dicha propiedad, ni tacharon de falso o incompleto el título animado a la diligencia de Inspección Judicial”. En cuanto a la naturaleza del terreno, que era terraplén, sostiene el recurrente que antes del corte no se habían presentado daños y sobre otros cuestionamientos hechos en el fallo recurrido, piensa “que se trata de observaciones intrascendentes”.

Con referencia al dictamen pericial, considera la parte actora que los expertos, profesionales bien calificados, afirmaron que “fueron las obras de recuperación de la vía Medellín-Santa Elena-Sajonia, la causa directa e inmediata de dichos daños; en ningún momento expresaron que fuera culpa del Departamento o de otra entidad oficial; y que del mismo estilo fueron las respuestas que dieron a los dos interrogantes formulados. De otra parte destaca cómo la recomendación de la Interventora del Departamento para que las demandantes ejecutaran algunas obras se produjo cuando ya el daño estaba causado. Por último hace mención de la desocupación de la casa por el arrendatario ante el peligro de continuar viviendo en el inmueble afectado.

Al alegar de conclusión el apoderado del Departamento de Antioquia, sostiene que en este proceso no se han establecido los daños infringidos a la propiedad de las demandantes, por lo que no puede predicarse responsabilidad alguna del ente demandado. Complementó su alegato con algunos apartes del fallo recurrido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala estima que la sentencia recurrida debe revocarse para adecuar la decisión a las siguientes orientaciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales:

Sea lo primero señalar que no se comparten los planteamientos consignados en la sentencia recurrida, los que condujeron a *a quo* a desestimar las pretensiones de la parte actora al no demostrarse la existencia de una falla de la administración como causa de los daños ocasionados al inmueble de las demandantes.

Como en el presente fallo se tomarán determinaciones que no acompañan con el régimen común de responsabilidad por falla o falta del servicio, la Sala no estima indispensable debatir en este caso la existencia de dicha responsabilidad por culpa de la administración, por cuanto, dados los antecedentes fácticos consignados en el proceso en concordancia con el precepto contenido en el artículo 90 de la Constitución Política, el *sub judice* puede manejarse bajo los parámetros de una responsabilidad directa y objetiva.

De lo aportado al proceso la Sala encuentra demostrado lo siguiente:

1º. Que entre el Departamento de Antioquia y la firma “Concretos y Asfaltos Limitada”, Conalfaltos, se contrataron las obras de recuperación de la carretera Medellín-Santa Elena-Sajonia (fls. 176 a 192).

2º. Que Yolanda Monsalve Gómez y la sucesión de José Manuel Monsalve Mejía son copropietarios de un inmueble integrado por dos lotes, ubicados en el paraje Medina Luna, denominado “El Pretil”, por donde pasa la carretera que va de Medellín a Rionegro (fls. 32 a 36).

3º. Que con la ejecución del contrato aludido, al realizar las labores de ampliación de la carretera Medellín-Santa Elena-Sajonia, tanto la casa de habitación, como el inmueble en general, sufrieron graves deterioros, constatados en diligencia de inspección judicial anticipada practicada por un Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia, con participación de la representante judicial de ese departamento y dos peritos, ingenieros civiles de profesión, quienes constataron “que efectivamente en el corredor de la parte delantera de la casa muestra en su piso de baldosa que éstas se movieron dejando pequeñas grietas de dos o tres centímetros. Que las paredes de la casa de habitación sobre todo en la parte norte, muestran y a simple vista, un deterioro con grietas aproximadas de cuatro centímetros... El resto de la casa y ya en mínima parte, señala algunas grietas no tan detectables como las primeras. Al frente de la casa o sea entre ésta y la carretera, es también visible sin esfuerzo mental alguno que existe un movimiento de tierra en una extensión de 20 metros aproximadamente, paralelas al frente de la casa, movimiento de tierra contenida además por unos gaviones de igual extensión... dichos gaviones... cortaron un pasaje peatonal que de piedra existía y que unía la

SECCION TERCERA

carretera con la casa... En la parte de atrás de la misma, corre un amagamiento de agua... de allí se toman las necesarias para la finca... Dicha corriente de agua enseña arrastre de piedra..." (fls. 49 a 53).

Lo anteriormente descrito, gráficamente se puede observar en las fotocopias que se encuentran a los folios 91 a 101, complementarias del dictamen pericial.

4º. Que los daños y desperfectos que se presentaron en la Finca "El Pretil", tanto en la casa como en los terrenos de la misma, según los expertos "...la causa directa e inmediata de ellos fueron las obras relacionadas con la recuperación de la vía Medellín-Santa Elena-Sajonia, llamada también carretera de Santa Elena. Hay pues una relación directa de causa y efecto entre las obras de recuperación de la vía Medellín-Santa Elena-Sajonia y los daños observados en la finca "El Pretil" (fl. 61).

5º. Que según el dictamen pericial, los perjuicios ocasionados a las demandantes se concretan en una depreciación comercial del 30% sobre el valor comercial, equivalente a \$2.025.000; por concepto de reparación general de la casa, acondicionamiento de la entrada y tratamiento del talud; \$1.000.000 y, por lucro cesante de 7 meses: \$175.000, para un total de \$3.200.000 (fl. 65).

6º. Que la finca El Pretil antes de ser afectada con las obras referidas, se encontraba en perfectas condiciones de conservación y mantenimiento y que luego de los trabajos de ampliación de la vía sufrió los desperfectos advertidos en la inspección judicial, se deduce también de los testimonios de la doctora Elsy Zapata de Acosta, Pedro José Londoño Castañeda, Guillermo León González Gómez y Fernando León Cano Ortiz (fls. 157 a 172).

Con fundamento en las comprobaciones anteriormente relacionadas estima la Sala que el caso bajo estudio puede manejarse dentro de los parámetros del artículo 90 de la Constitución Política vigente, cuyo texto es del siguiente tenor:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Se consagró entonces en la norma superior transcrita la responsabilidad patrimonial del Estado, por las acciones u omisiones de las autoridades públicas que ocasionen un daño antijurídico, régimen bajo el cual, para casos como el examinado, a la parte actora le corresponde demostrar que por parte de la autoridad respectiva se dio un comportamiento activo u omisivo, que le generó algún daño y que esa conducta y el daño respectivo se encuentran causalmente relacionados.

Frente a esta situación el Estado podrá exonerarse de responsabilidad, solamente si acredita la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero, sin que pueda alegar como eximentes el caso fortuito o una conducta diligente y cuidadosa, por cuanto en ese tipo de responsabilidad, antes que la antijuridicidad del actuar del ente administrativo, lo que importa es la antijuridicidad del daño, el cual, resulta antijurídico cuando a pesar de ser legítima la conducta de la administración, la misma causa un perjuicio a quien no estaba obligado a soportarlo.

Ahora bien, ante la ausencia de una definición constitucional y legal que concretamente determine el sentido de la expresión “daños antijurídicos” utilizado en el precepto comentado, la Sala ha acudido a la doctrina española para establecer el alcance de dicho concepto, y así, entre otros, en fallos de 31 de octubre de 1991, expediente número 6515; de 22 de noviembre de 1991, con ponencia del señor Consejero doctor Julio César Uribe Acosta, y de 30 de julio de 1992, expediente 6941, con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se han trasladado, en lo pertinente, las siguientes nociones:

Según Leguina, “...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica” (Cita de J. M., de la Cuétara. “La actividad de la administración”. Tecnos, p. 554). “...no se trata de ningún perjuicio *causado* antijurídicamente, sino de un *perjuicio antijurídico en sí mismo*; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial”.

Al referirse al concepto “técnico jurídico” de lesión resarcible o daño antijurídico, el profesor Eduardo García de Enterría, hace las siguientes consideraciones:

SECCION TERCERA

“Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantías de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

“A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo”.

Las anteriores ideas permiten a la Sala concluir que el departamento de Antioquia debe patrimonialmente responder por los daños antijurídicos causados al inmueble de las demandantes, por los trabajos públicos realizados, daños éstos que las propietarias no estaban obligadas a soportar. Se aplica en esta forma, el concepto de responsabilidad por daño antijurídico, cuyos elementos estructurales, como anteriormente se analizó, fueron debidamente acreditados. Consecuencialmente, debe revocarse la sentencia apelada, para, en su lugar, imponer la condena respectiva.

En la demanda se solicitó el pago de \$3.200.000 por concepto de indemnización por los perjuicios causados a las demandantes con la respectiva

actualización de acuerdo con el índice de precios al consumidor. La Sala accederá a lo pedido por las accionantes por cuanto la cantidad por ellas señalada, corresponde al valor consignado por los señores peritos en su experticia, cuyos términos, apreciaciones y conclusiones son de pleno recibo, dadas las calidades profesionales de sus autores y las demás evidencias procesales que reafirman las conclusiones de los expertos no sólo en cuanto al aspecto técnico de su trabajo, sino también con referencia al estimativo económico de los daños causados que hicieron.

Para efectos del reconocimiento indemnizatorio toma en consideración la Sala, que al folio 106 obra copia auténtica del auto de fecha 8 de septiembre de 1986 mediante el cual el Juzgado Primero Civil Municipal de Medellín declaró abierto y radicado el sucesorio de José Manuel Monsalve Mejía y reconoció como interesada en el mismo “a la cónyuge señora Ligia Gómez Velásquez”, condición ésta con la cual comparece al presente proceso.

Ahora bien, como José Manuel Monsalve Mejía y Yolanda Monsalve Gómez eran copropietarios por partes iguales del inmueble afectado, la indemnización se dividirá en dos partes iguales, una para Yolanda Monsalve Gómez y la otra para la sucesión de José Manuel Monsalve Mejía, dentro de la cual conforme a la petición de los bienes sucesorales, le corresponderá a Ligia Gómez Velásquez la cuota respectiva que como cónyuge sobreviviente llegue a adjudicársele.

Se actualiza el monto indemnizatorio, con base en los índices de precios al consumidor vigente en el mes de agosto de 1985 (50.15) y en enero de 1993 (268.54), mediante la fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$V_p = 3.200.000 \frac{268.54}{50.15} = \$17.135.154.53$$

Valor de la indemnización: \$17.135.154.53

Por último, en virtud de que el presente caso obedece al accionar de una comunidad o copropiedad, en donde los dos (2) condueños o copropietarios son los únicos interesados y sin que entre ellos exista proporciones distintas, se dividirá la indemnización a razón del 50% para cada uno.

SECCION TERCERA

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

FALLA:

Primero. *Revócase* la sentencia apelada, esto es, la de 1º de diciembre de 1991, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. *Declárase* administrativamente responsable al Departamento de Antioquia de los perjuicios ocasionados a la sucesión de José Manuel Monsalve Mejía y a Yolanda Monsalve Gómez, por los daños causados a los inmuebles de su propiedad, situados en el paraje Media Luna de Medellín, cuyos linderos y especificaciones se relacionaron en la demanda.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, el Departamento de Antioquia deberá pagar las siguientes cantidades de dinero:

a) A la señora Yolanda Monsalve Gómez la suma de ocho millones quinientos sesenta y siete mil quinientos setenta y siete pesos con 26/100 (\$8.567.577.26) moneda legal;

b) A la sucesión de José Manuel Monsalve Mejía, o a quien sus derechos represente, la suma de ocho millones quinientos sesenta y siete mil quinientos setenta y siete pesos con 26/100 (\$8.567.577.26) moneda legal;

Cuarto. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirá copia auténtica de esta sentencia; con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes contenidas en el artículo 1.15 del C. de P. C.

Quinto. *Niéganse* las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE PRISIONES

Un recluso de tan irregulares antecedentes personales, penales y disciplinarios, al ser remitido a otro establecimiento, debía hacerse con extremadas precauciones para evitar que durante el traslado se presentaran dificultades. Hubo descuido, imprevisión e imprudencia en la selección del automotor que iba a trasladarlos y se hizo caso omiso de las especiales recomendaciones, contenidas en el plan de seguridad carcelaria, así como de las más elementales medidas de precaución en el manejo de los reclusos, todo lo cual conduce a mostrar un irregular comportamiento administrativo que configura una falla en el servicio y que, dado su nexo causal con los perjuicios resultantes del fallecimiento violento de la víctima, configura la responsabilidad administrativa a cargo del ente demandado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7450.

Demandado: La Nación - Ministerio de Justicia.

Actores: Georgina González de Valdés y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual no accedió a las súplicas de la demanda.

SECCION TERCERA

I. ANTECEDENTES

1. *La demanda*

Mediante escrito presentado por conducto de apoderado el 15 de junio de 1990, Georgina González de Valdés, Fabio Valdés González y Dioselina Valdés González, en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca contra la Nación-Ministerio de Justicia, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. La Nación (Ministerio de Justicia), es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que se les han ocasionado a los demandantes, con la muerte de su hijo y hermano Albeiro Valdés González, el 17 de junio de 1988, como consecuencia de los disparos que recibió en el interior de un bus de pasajeros, en el Municipio de Obando (Valle), y cuando era remitido de la Cárcel del Circuito Judicial de Cartago (Valle), a la cárcel de Palmira (Valle), por los guardianes nacionales Octavio Carmona y Carlos Silvio Martínez.

“1.1 Condénese a la Nación (Ministerio de Justicia), a pagar a cada uno de los demandantes Georgina González de Valdés, Fabio y Dioselina Valdés González:

“1.1.1 Daños morales.

“Por el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro-fino, mayor valor permitido por el artículo 106 del Código Penal.

“1.1.2 Daños materiales.

“A Georgina González de Valdés:

“Por el valor representativo de las varias cuotas de ayuda dejadas de recibir a raíz de la muerte de su hijo, debido según el artículo 1615 del Código Civil, desde la fecha del infortunio, por el monto de las bases que resulten probadas en el curso del proceso y en pesos de valor constante del 17 de junio de 1988.

“Por el valor de los intereses del capital debido desde la fecha de su exigibilidad sustancial, 17 de junio de 1988, y la ejecutoria de la sentencia.

“En subsidio.

“Y en el evento de que no existan bases suficientes en el expediente para efectuar la liquidación matemática de los perjuicios materiales que se deben a la demandante, el Tribunal por razones de equidad, les fijará en el equivalente en pesos, de la fecha de ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos de oro-fino, dándole aplicación a los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

“1.2 La Nación, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178, del C. C. Administrativo.

“Todo pago, así lo ordenará expresamente el fallo, se imputará primero a intereses”.

2. *Fundamentos de hecho*

Se relacionan a folios 41 a 46 en la demanda, y los mismos se pueden resumir así:

Albeiro Valdés González se encontraba privado de su libertad en la Cárcel del Circuito Judicial de Cartago (Valle), hasta el 17 de junio de 1988, cuando el mencionado recluso al ser trasladado hacia la Penitenciaría de Palmira, en el bus de servicio público número 033 de la Empresa Expreso Palmira S. A., al hacer una escala en el Municipio de Obando, varios sujetos abordaron el automotor y dispararon las armas de fuego que portaban contra Valdés González ocasionándole la muerte. Afirma la parte demandante que al hacer dicho traslado se cometieron irregularidades por cuanto no se atendieron las normas y medidas que para tales casos consagra el Plan Permanente de Seguridad Carcelaria expedido por el Ministerio de Justicia-Dirección General de Prisiones. Así mismo, se refiere que la víctima era propietaria de un “Caspete-Restaurante” que le dejaba una utilidad mensual de \$70.000, con los cuales ayudaba al sostenimiento de su progenitora, quien, además, junto con los hermanos del occiso resultaron moralmente perjudicados.

3. *Actuación procesal*

Al contestar la demanda el Ministerio de Justicia por conducto de su apoderada, manifestó que no había fundamento legal ni constitucional en las súplicas de la demanda, por cuanto el Estado ha procurado dar cumplimiento al artículo 16 de la Carta, sin que pueda alegarse una falla del servicio cuando “se tomaron las medidas de conducción suficientes, para proteger su vida y si sobrevino su deceso no se debió a falla en el servicio público” y que la actora ha debido reclamar una “numerosa y adecuada escolta para su conducción”, y no cuando el resultado dañoso se ha presentado. Aduce también como

SECCION TERCERA

eximentes de responsabilidad la fuerza mayor y el hecho de terceros. Como conclusión pide un fallo contrario a las súplicas de la demanda.

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes guardaron silencio. El Fiscal Segundo del Tribunal conceptuó que había lugar a declarar administrativamente responsable a la Nación, pero en cuanto a la indemnización de perjuicios consideró que sólo procedían los morales en favor de la progenitora del occiso.

4. La sentencia apelada

Para denegar las peticiones de la demanda, hizo el *a quo* las consideraciones que pueden sintetizarse así:

De una parte, frente a la realidad de lo acontecido, las medidas que se adoptaron para efectuar la remisión del recluso hacia la penitenciaría de Palmira fueron las normales y adecuadas, por cuanto no se podían tomar otras diferentes y, de otra, no encontró demostrado que Albeiro Valdés González se hallara amenazado de muerte. Consideró que es un deber del Estado impedir la fuga de los prisioneros para en esa forma garantizar las medidas judiciales de aseguramiento, en razón a que los detenidos deben asumir su responsabilidad frente a la sociedad. Agrega el *a quo* que por parte de la institución penitenciaria “no existió el ánimo, ni tampoco se ejerció actividad tendiente a cegar (sic) la vida del presidiario Valdés González”, que lo sucedido fue imprevisto e intempestivo y que no compete a esta jurisdicción determinar la eventual participación de los guardianes en el hecho.

De la decisión anterior salvó su voto una de las Magistradas integrantes del Tribunal por considerar que sí había lugar a declarar la responsabilidad de la administración y al pago de perjuicios morales para la señora madre del occiso.

5. Razones de la apelación

En escrito que reposa a folios 154 a 164, el apoderado de las demandantes expresa las razones de su inconformidad con la sentencia de primera instancia y afirma que el Tribunal desconoció la jurisprudencia de esta Sección “que ha venido pregonando la obligación de resultado que tienen las autoridades frente a los detenidos: *respetar su vida, su integridad personal y psíquica*”, lo cual ha de entenderse como “que era responsabilidad de sus guardianes, devolver a Albeiro con vida a la sociedad y como no fue así, correspondía a la demandada probar la fuerza mayor, hecho de tercero o la culpa de la víctima, para liberarse de su carga...”.

Encuentra además el recurrente la presencia de indicios comprometedores de la responsabilidad de la Nación, tales como que los sicarios se hallaran esperando el bus en Obando y luego del crimen tranquilamente se fueron en un automóvil que los esperaba, de donde infiere que los asesinos conocían el itinerario de la víctima y sus guardianes. Para complemento, anota el impugnante, la remisión del recluso se hizo en uno de esos “buses lecheros”, contrariando las previsiones de seguridad para esta clase de operaciones, sin que sea valedero sostener que la Cárcel carecía de vehículo para el traslado del interno Valdés González cuya seguridad personal estaba amenazada. Por último, cuestiona la existencia de una fuerza mayor cuya demostración no logró la parte demandada, sino que apenas se limitó a alegarla.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo recurrido deberá ser revocado y en su lugar, se accederá parcialmente a las pretensiones de las demandantes; pues se declarará la responsabilidad administrativa de la Nación por la muerte de Albeiro Valdés González, así como se dispondrán los reconocimientos indemnizatorios a que haya lugar.

Aspecto de fundamental importancia para establecer si procede la declaratoria de responsabilidad a cargo del Estado es el relacionado con la forma y procedimientos utilizados por los funcionarios y guardianes de la Cárcel del Circuito de Cartago, para efectuar la remisión del recluso Valdés González, hacia la Penitenciaría de Palmira. Obran en el proceso varios ejemplares del “Plan Permanente de Seguridad Carcelaria”, editado y publicado por la Dirección General de Prisiones, cuya finalidad es la de “Impartir instrucciones y normas sobre medidas conjuntas en los establecimientos carcelarios del país en coordinación y colaboración con el Ejército, Policía Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad y F-2, que debe adoptar la Dirección General de Prisiones para las operaciones de seguridad, control, previsión y represión de los delitos y actos subversivos que son susceptibles de ocurrencia en los centros carcelarios, así como los cometidos en fugas y rescates de presos”.

Precisamente, al aludir a las “Previsiones de Seguridad en las Remisiones”, recomienda la especial selección del personal de guardianes para este tipo de actividades, teniendo en cuenta su estado físico, conducta, conocimientos de defensa personal, que sea reservista de primera clase y experto en el manejo de las armas, etc. “Con las remisiones hay que tener sumo cuidado”, recomienda el manual aludido y determina que “las remisiones

SECCION TERCERA

deben efectuarse en vehículos oficiales señalados para el efecto por el Director del establecimiento en donde se cuenta con esta dotación; en caso contrario emplear vehículos de servicio público contratado por el mismo personal de guardia encargado de la remisión". Así mismo se consigna que cuando se transporten reclusos por razones disciplinarias "*se deben proporcionar suficientes guardianes, para tener la confianza de un traslado seguro*" (Resalta la Sala).

A pesar de las anteriores y otras indicaciones sobre el particular, la Sala encuentra que en el traslado de Albeiro Valdés González, antes que tomar las debidas precauciones, la remisión se efectuó irregularmente, sin tomar en cuenta la situación personal del recluso y el peligro que su traslado implicaba, por cuanto se trataba de un delincuente considerado de alta peligrosidad, sin interés alguno por rehabilitarse, con antecedentes de fugas, condenado a 100 meses de prisión por tentativa de homicidio y hurto calificado, y con otra condena pendiente de tres (3) años de prisión por hurto, impuesta por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cartago y el Tribunal Superior de Buga (fls. 123-124 del cdeno. número 2). A más de lo anterior, el Consejo de Disciplina de la Cárcel de Cartago, recomienda su traslado por encontrarlo "sumamente conveniente para conservar la seguridad de los demás internos...; el mencionado interno es el promotor de la venta de estupefacientes dentro del establecimiento... Además el interno Valdés González se ha empeñado obstinadamente en solicitar al Consejo de Disciplina del patio número uno por motivos de seguridad personal; aduce él, ...y en el momento los internos del patio dos esperan su ingreso nuevamente para cobrar venganza..." (fl. 120, C. 2). Existen igualmente referencias de que el aludido Valdés González "ha estado recluso en varios establecimientos" (Pereira, Manizales, Tunja, Calarcá y por último Cartago).

De las anteriores referencias deduce la Sala, con absoluta seguridad, que el recluso Valdés González era un individuo de indudable peligrosidad, con amplia trayectoria en distintas partes del país, cuya conducta penitenciaria en cambio de mejorarse, empeoraba progresivamente y proseguía delinquiendo dentro del establecimiento carcelario, en el cual había recibido serias amenazas. Desde luego que un recluso de tan irregulares antecedentes personales, penales y disciplinarios, al ser remitido a otro establecimiento, debía hacerse con extremadas precauciones para evitar que durante el traslado se presentaran dificultades como las que originaron este proceso. No fue así sin embargo, dado que las medidas de control apenas se limitaron a asignarle dos guardianes cuyas calidades especiales para este tipo de remisiones no se

acreditaron, y quienes imprudente, ingenua e irregularmente *abordaron un bus de pasajeros*, de la Empresa Expreso Palmira S.A., sometido a frecuentes paradas para recoger pasajeros y sobre el cual los guardianes ningún dominio y conocimiento tenían. Hubo pues, descuido, imprevisión e imprudencia en la selección del automotor que iba a trasladarlos y se hizo caso omiso de las especiales recomendaciones, contenidas en el Plan Permanente de Seguridad Carcelaria, así como de las más elementales medidas de precaución en el manejo de reclusos como el aludido Valdés González, todo lo cual conduce a mostrar un irregular comportamiento administrativo que configura una falla en el servicio y que, dado su nexos causal con los perjuicios resultantes del fallecimiento violento de la víctima, configura la responsabilidad administrativa a cargo del ente demandado.

Lo anterior, lo adiciona la Sala con las consideraciones expuestas en un caso similar, no idéntico, fallado el 21 de enero del corriente año, en el cual, con ponencia del mismo Consejero que proyecta esta sentencia, se expreso:

“Al encontrarse privado de la libertad el ciudadano Isidro Brito Mejía, las autoridades de la prisión le debían protección y seguridad en su integridad corporal y mental. En otros términos, por encontrarse “a buen recaudo” de las autoridades de prisión, éstas debían custodiarle y cuidarle para mantenerle en las mismas condiciones sicofísicas que presentaba el detenido al momento de la privación de su libertad. Cualquier daño en la salud que llegasen a presentar las personas privadas de su Libertad, por acción u omisión de las autoridades que las vigilan y controlan, se adecua al concepto genérico de falla de la Administración y por consiguiente surge la obligación de indemnizarlas, desde luego que se presenta un daño antijurídico de los previstos por el artículo 90 de la Carta Política.

“Como bien lo resalta la sentencia consultada, el 30 de junio de 1988 los guardianes de la Dirección de Prisiones de la Cárcel de Riohacha conducían al señor Isidro Brito Mejía del Juzgado 1º de Instrucción Criminal a las instalaciones de la cárcel, cuando en el sector comprendido entre las calles 1ª y 2ª de Riohacha un grupo de personas particulares con armas de fuego inteceptaron a los agentes y al recluso, habiéndole dado muerte a éste por haberle propinado varias heridas. La guardia adscrita a la cárcel de Riohacha no tomó las precauciones necesarias para desplazar al recluso de un lugar a otro, hasta el punto que lo conducían caminando y con una exigua cantidad de agentes, circunstancias que facilitaron la acción de los enfurecidos particulares que intentaron y lograron darle muerte al detenido Isidro Brito Mejía. *La administración de la cárcel de Riohacha debió prever que los reclusos*

SECCION TERCERA

bajo su custodia bien podían ser víctimas de sus enemigos o de cualquiera otro agresor. Para controlar esta eventualidad, la prudencia recomienda que el traslado o desplazamiento se lleve a cabo con las máximas precauciones y a través de medios que garanticen su integridad, por ejemplo en vehículos automotores y con un número de guardianes en condiciones de poder controlar y evitar desmanes y atentados como el ocurrido el 30 de junio de 1988” (Destaca ahora la Sala).

En consonancia con lo anterior la Nación-Ministerio de Justicia, debe responder administrativamente por la muerte del recluso Albeiro Valdés González.

Con relación a los perjuicios causados a los demandantes, cuya indemnización pretenden para la madre de la víctima y sus hermanos, hace la Sala las siguientes precisiones:

En cuanto a los perjuicios materiales solicitados para la progenitora del occiso, señora Georgina González de Valdés, no los encuentra la Sala debidamente comprobados, por cuanto la reclusión le impedía al hijo fallecido responder económicamente por su señora madre, quien además debía contar con la ayuda de sus otros hijos demandantes, a más de que no se demostró cabalmente la propiedad del caspete, su producción, antigüedad, rentabilidad, etc., razones éstas que impiden estructurar la existencia de los eventuales perjuicios reclamados. No se reconocerá por este concepto ninguna indemnización.

Acerca del resarcimiento de los perjuicios de orden moral para la madre y hermanos de la víctima, conforme a las orientaciones jurisprudenciales que sobre el particular ha formulado la Sala, en el sentido de presumir en ellos los sentimientos de afectación moral causados por la muerte del hijo y del hermano, presunción no desvirtuada en el *sub judice*, se reconocerá el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para la progenitora y en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de sus hermanos, cuya calidad aparece procesalmente acreditada.

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

FALLA:

Primero. *Revócase* la sentencia de 20 de marzo de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Segundo. *Declárase* a la Nación-Ministerio de Justicia, administrativamente responsable por la muerte de Albeiro Valdés González, sucedida el 17 de junio de 1988 en jurisdicción del Municipio de Obando (Valle).

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación - Ministerio de Justicia, a pagar como indemnización por perjuicios morales, a la señora Georgina González de Valdés, una suma equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino; a Fabio Valdés González y Dioselina Valdés González el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de este fallo y los interesados acompañarán la certificación a la respectiva cuenta de cobro.

Cuarto. *Deniéganse* las demás pretensiones.

Quinto. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirá copia auténtica de esta providencia con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS

Tratándose de mercancías aprehendidas por las autoridades aduaneras bajo la presunción de contrabando, éstas pueden ser enajenadas bajo el sistema de venta directa, siempre y cuando se trate de elementos perecederos o cosas fungibles, cuyo estado es de corta durabilidad en el tiempo, sin necesidad de que requieran orden judicial. La falla del servicio está comprendida por la venta muy inferior al valor real de la mercancía depositada en las dependencias del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional. El daño inferido, consiste en que los demandantes no percibieron el justo precio por el grano que legalmente fue transportado ni tampoco tuvieron la oportunidad de especular con él.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Proceso número 7537.

Actores: Luis Felipe Daza Martínez y otro.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 10 de abril de 1992, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

“1. *Declárase* a la Nación-Ministerio de Hacienda - Dirección General de Aduanas, responsable de la venta por un menor valor de la cantidad de 320 bultos de fríjol, vendidos en la forma como ha quedado aquí establecida.

“2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase en concreto a la entidad demandada a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

“a) Actualizada de acuerdo con lo expresado en la parte motiva \$2.964.524.75, por concepto de daño emergente;

“b) Los intereses corrientes bancarios de la suma anterior, también de conformidad con lo considerado en la parte motiva.

“3. Cúmplase esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 13 de noviembre de 1990 Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra de la Nación, Ministerio de Hacienda, Dirección General de Aduanas, para que se la declarara responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes por la omisión en la entrega de 320 bultos de frijól que fueron decomisados el 29 de septiembre de 1988.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la entidad demandada a pagar perjuicios materiales, por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Los fundamentos de hecho de la demanda son:

“A. Los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa son reconocidos comerciantes de granos en la ciudad de Pasto, manteniendo relaciones comerciales con diversas entidades y personas de diferentes ciudades del interior del país. El primero de los mencionados es propietario de las bodegas ‘Depósito San Fernando’ con sede en Pasto en la carrera 16 número 21-05, según certificado de la Cámara de Comercio número 2910 y su actividad es la compraventa de granos.

“B. Los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Guerrero Calpa compraron a diversos comerciantes de la ciudad de Pasto, la cantidad de 320 bultos de frijól ‘andino’, ‘lima’ y ‘rosado’ (19.059) kilos, mercancía que despacharon de Pasto con destino a la ciudad de Pereira, para el Depósito Centrales al señor Rodrigo Arciniegas, habiendo contratado para su transporte al señor Libio Efraín Aguirre quien conducía el camión de placas VS-4559. Este vehículo una vez emprendió su marcha de la ciudad de Pasto, el 29 de septiembre de 1988 fue interceptado en el peaje de Tunía, Cauca, por una patrulla del resguardo de la Aduana Nacional, autoridades que procedieron a efectuar la retención de las mercancías

SECCION TERCERA

(fríjol), medio de transporte y conductor y ponerlos a disposición de las autoridades penal-aduanera correspondientes, por considerar que el fríjol era de contrabando o de procedencia ecuatoriana. El cargamento de fríjol (320 bultos) y medio de transporte ingresaron al Fondo Rotatorio de la Aduana Interna de Cali ahora División de Almacenamiento y Enajenaciones de Cali, mediante Acta de Ingreso número 326 de septiembre 29 de 1988, habiéndose estimado el valor de \$300.00 por kilo de fríjol por parte de la perito-aforadora de la Aduana Interna de Cali, Mariela Palacios A.

“C. Al comparecer los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa a efectuar la reclamación de sus mercancías (fríjol), se les informó que la investigación respectiva le correspondió en reparto al Juzgado Primero de Instrucción Penal de Aduanas de Cali, autoridad judicial que tramitó el proceso número 2279, y quien pericial y procesalmente comprobó que las mercancías o cargamento de fríjol era de procedencia nacional, razón por la cual en providencia de enero 6 de 1989 decretó el cese de procedimiento para el sindicado y declaró que los 320 bultos de fríjol no son de contrabando y ordenó su entrega a sus propietarios señores Daza Martínez y Guerrero Calpa. Esta decisión fue confirmada por el honorable Tribunal Superior de Aduanas de Bogotá en providencia de marzo 7 de 1989. Ejecutoriada esta decisión judicial el 6 de abril de 1989 el Juzgado del conocimiento libró el Oficio número 147 al señor Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana Interna de Cali ahora División de Almacenamiento y Enajenaciones de la Aduana Interna de Cali, con el fin de que se proceda de conformidad con lo decidido.

“D. Los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa se hicieron presentes ante la División de Almacenamiento y Enajenaciones de la Aduana Interna de Cali con el fin de obtener la devolución y entrega de la cantidad de 320 bultos de fríjol, en esta dependencia se les informó, en estudio de la documentación correspondiente, que las mercancías se vendieron o enajenaron, *sin autorización judicial* de ninguna naturaleza (resaltado nuestro) por el sistema de venta directa.

“E. Efectuada la reclamación administrativa correspondiente ante la División de Almacenamiento y Enajenaciones de Bogotá, por parte de los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa en procura de obtener la devolución o reintegro del valor de las mercancías, únicamente luego de un minucioso y extenso trámite, obtuvieron el

5 de septiembre de 1990 la entrega de un cheque por valor de un millón ochocientos mil doscientos veinticinco pesos con 25/100, con lo cual no cubre ni una décima parte del valor actual y real del cargamento de frijol, injusta e indebidamente retenido.

“F. Al efectuar el recibo del cheque ante la División de Almacenamiento y Enajenaciones de la Dirección General de Aduanas de Bogotá, por un valor de un millón ochocientos mil doscientos veinticinco pesos con 25/100 por parte de los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa, en el cuerpo del Acta número 013 del 5 de septiembre de 1990 dejaron constancia expresa en el sentido de que ‘se reservan el derecho de efectuar reclamación’ que se entiende judicial o administrativamente, razón por la cual se formula esta demanda en procura de obtener un pronunciamiento favorable sobre responsabilidad extracontractual por parte del Estado, Ministerio de Hacienda, Dirección General de Aduanas y División de Almacenamiento y Enajenaciones, como entidad generadora de los innumerables perjuicios ocasionados a los demandantes.

“G. Para la época de la retención, septiembre 29 de 1988, un kilo de frijol tenía un valor comercial de trescientos pesos (\$300.00); a la fecha actual, el mismo kilo de frijol tiene un valor comercial de \$700.00, \$800.00 razón por la cual y al tenor de lo establecido por el artículo 20 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, deberá tenerse en cuenta el valor real actual de las mercancías (frijol) a la época actual de presentación de esta demanda y que es parte de las pretensiones de la misma”.

En el término de fijación en lista, la entidad demandada guardó silencio.

Precluida la etapa probatoria, se ordenó correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, la parte demandante no se pronunció, la entidad demandada estimó que demanda debió proponerse contra “el Fondo Rotatorio de Aduanas”, establecimiento público del orden nacional y no contra la División de Almacenamiento y Enajenaciones de la Dirección General de Aduanas, habiéndose configurado de esta manera la falta de legitimación en la causa por pasiva; por su parte la Fiscal 2ª del Tribunal consideró:

“...”

“Por lo anterior, no podemos decir que hubo falla o falta en el servicio por parte de la entidad encargada de guardar la mercancía retenida o decomisada para la investigación de si era o no de contrabando, pues la

SECCION TERCERA

actuación de la administración se ajustó a los postulados del artículo 64 del Decreto 0051 de 1987, en su parágrafo único, por ende, no hay razón para condenarla a indemnización por lucro cesante y daño emergente, como se solicita en la demanda.

“A lo que sí tiene derecho el actor es al pago de los intereses sobre el valor de venta de la mercancía, los cuales deben ser pagados desde el día en que se ejecutorió la providencia que puso fin al proceso por contrabando y ordenó la entrega de la mercancía a sus dueños, hasta la fecha en que se hizo entrega del valor por el cual fue enajenada la mercancía, ya que la administración estaba en la obligación de entregar los dineros recaudados por la venta del frijol en el momento en que fue ordenada la entrega a sus propietarios.

“Así las cosas, la Fiscalía considera que en el presente caso solo es posible reconocer a los demandantes los intereses del capital constituido por \$1.818.409.25, valor de la venta del frijol, desde el momento en que fue ordenada la entrega de la mercancía, hasta cuando se hizo entrega del valor de la venta, es decir, del capital anotado, debiéndose negar las demás pretensiones”.

El Tribunal reflexionó de esta manera:

“...”

“4. Teniendo en cuenta que la demanda no enjuicia el decomiso de la mercancía, ni la venta en sí, sino la venta sin orden judicial y la venta por un precio que no era el real (lo que hace que carezca de importancia al debate planteado acerca del depósito y de las obligaciones del depositario), procede para el mejor entendimiento del problema y su solución formular estas dos preguntas: ¿fue legal la venta cuestionada, sin orden judicial? ¿Y, se vendió la mercancía objeto de la venta por su valor real?

“La venta de las mercancías aprehendidas por las autoridades aduaneras bajo la presunción de que son de contrabando, pueden ser vendidas por el Fondo Rotatorio de Aduanas, por el sistema de venta directa, si se trata de mercancías perecederas, es decir, de aquellas poco durables, cuyo estado se deteriora con el paso del tiempo. Esta autorización la consagra el parágrafo del artículo 64 del Decreto 051/87 en los siguientes términos:

Las cosas perecederas serán enajenadas directamente y lo más pronto posible, sin necesidad de orden judicial, por la entidad depositaria...

“A más de que los demandantes no han discutido el hecho, es notorio que el frijol es un producto perecedero por su poca durabilidad en condiciones aptas para el consumo humano. Por estas circunstancias, encuentra el Tribunal que la actuación del Fondo Rotatorio de Aduanas se ajustó a la ley, al decidir la venta. No sucedió así en cuanto hace al precio de la venta, por lo que pasa a verse:

“Consta de autos que inicialmente la mercancía fue facturada en un valor total de \$5.717.700 por la aforadora del Fondo Rotatorio de Aduanas (fls. 3 y 12, cdno. ppal.) y que posteriormente, por determinación del juez que conocía del proceso penal fue evaluada en \$4.764.750.00 por el aforador que al efecto se designó, como consta en el escrito que dirigió el 14 de octubre de 1988 a la Juez Instructora (fl. 13 *ib.*) y en las diligencias se avalúo allegadas de oficio al expediente (fls. 84-97, cdno. *ib.*).

“De los dos dictámenes a que se ha hecho alusión, es preciso acoger el segundo que es el que en verdad se acomoda a las exigencias de los artículos 60 y 61 del Decreto 051/87 y que se complementa con el informe que rindió a la misma funcionaria el técnico agrícola del ICA, señor Rafael A. Tello Villafañe, quien según se deduce del contexto, manifestó hallarse el frijol en buen estado (fl. 14 *ib.*). La norma citada autoriza al juez para acudir a técnicos de la aduana o de los laboratorios oficiales entre otros fines ‘para establecer la clasificación arancelaria, el origen, naturaleza y características de la mercancía’, etc.

“No se sabe a ciencia cierta en cuánto fue vendido el grano sobre el que aquí se discute pues no hay constancia de las diligencias que al efecto se adelantaron; lo único que consta es que a los propietarios les fue entregado como precio de la venta \$1.800.225.25, lo que aparece de la cuenta de cobro y del acta de entrega que para el caso se elaboraron (fls. 28 y 29, cdno. 1º). Esto lleva a deducir que efectivamente el Fondo Rotatorio de Aduanas vendió la mercancía en la suma de \$1.800.225.25, sin tener en cuenta el avalúo oficial que ya se vio, arrojó un valor de \$4.764.750.00; con evidente falla del servicio que causó perjuicios a los demandantes, pues, no recibieron todo el valor de la mercancía que era de su propiedad (lo que representa el daño emergente), ni pudieron especular con la suma retenida para realizar nuevas ganancias (lucro cesante).

“Se configura, pues, la responsabilidad de la entidad demandada (Nación - Ministerio de Hacienda - Dirección General de Aduanas, en vista de la supresión del Fondo Rotatorio de Aduanas), y así será declarado.

SECCION TERCERA

Consecuencialmente se la condenará a pagar a los demandantes los perjuicios ocasionados, en su doble especie, así: Por concepto de daño emergente la suma \$2.964.524.75 que fue el dinero que en razón de la falla anotada dejaron de percibir; y por lucro cesante ocasionado por la inmovilización del anterior capital, a falta de otra comprobación, los intereses corrientes bancarios de la suma histórica debida, teniendo en cuenta la actividad a que se dedicaron los actores”.

La inconformidad del apelante consiste en:

“En el folio 6 reza la sentencia: ‘se configura pues, la responsabilidad de la entidad demandada (Nación-Ministerio de Hacienda-Dirección General de Aduanas, en vista de la supresión del Fondo Rotatorio de Aduanas).

“Al respecto, me permito manifestar que el Fondo Rotatorio de Aduanas no está suprimido, y como entidad que recibió los 320 bultos de frijol, según Acta de Ingreso número 326, respondió por su custodia, conservación y administración en su calidad de depositaria de la mercancía, hasta la fecha en que por sí misma, demostrando su existencia, responsabilidad y obligaciones, devolvió la suma de \$1.800.225.25, a los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa, según consta en la Cuenta de Cobro número 0590.

“La sentencia debió recaer entonces, contra el Fondo Rotatorio de Aduanas, establecimiento público de orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa patrimonio independiente, y por lo tanto sujeto de derechos y obligaciones, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el Decreto 2649 de diciembre 22 de 1988.

“Queda así claro, que si recibió la mercancía y devolvió su valor producto de la venta directa, es la entidad responsable y no la Dirección General de Aduanas, violándose en esta forma el artículo 137 del Decreto 01 de 1984.

“...”

“Queda así claro, que el Fondo Rotatorio de Aduanas, debiendo responder por las mercancías que no son de su propiedad, debe buscar la forma de no dejarlas deteriorar o contaminar, y no puede permitirse un tiempo más que el necesario, para una venta directa, dándose por descontado que no es un especialista en la materia, que es una venta de oportunidad, so pena de asumir los riegos (sic) de una pérdida total en

defensa de los intereses de la Nación y ante todo lo hace bajo una responsabilidad delegada y reconocida por el Estado según la norma antes citada. Y la responsabilidad que el Estado le otorga mediante la potestad aduanera, no es parcial, sino total y no puede nacer de allí un enjuiciamiento parcial.

“Cabe anotar por otra parte, que existe caducidad de la acción, no declarada de oficio, toda vez que la falla en el servicio citada en la sentencia a folio 4, numeral 2, y folio 6, descansa en la operación ocurrida el día 29 de septiembre de 1988 cuando el camión de placas VS-4559 conducido por el señor Efraín Aguirre, fue interceptado en el peaje Tunía-Cauca por una patrulla del resguardo de la Aduana Nacional, aprehendiendo (sic) dicho vehículo, y es a partir de esa fecha que comienza a contarse el término legal de los dos (2) años consagrados en el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. ...”.

En el trámite de segunda instancia, la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión en el sentido que el Fondo Rotatorio de Aduanas tenía facultad para vender las mercancías aprehendidas por el sistema de venta directa, por ser elementos perecederos, los cuales no necesitaban de orden judicial para ser vendidos, en lo referente al precio de venta de los 320 bultos de fríjol dice que éste se ajusta al avalúo efectuado por dicha entidad, igualmente allega copias auténticas de algunas pruebas que relaciona en el mismo escrito; con estos argumentos solicita se revoque en su integridad la sentencia apelada. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Legitimación en la causa activa. Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa, se encontraban legitimados para instaurar la acción consagrada en el artículo 86 del C. C. A., toda vez que demostraron ser propietarios de la mercancía, esta consistía en 320 bultos de fríjol, los cuales fueron decomisados a la altura del peaje de Tunía-Cauca por una patrulla del resguardo de la Aduana Nacional el 29 de septiembre de 1988, cuando eran transportados en el camión de placas VS-5459 conducido por el señor Libio Efraín Aguirre con destino a la ciudad de Pereira. El dominio sobre los mencionados bienes fungibles se demostró con la declaración de los señores Luis Felipe Daza Martínez y Diomedes Romelio Guerrero Calpa (fls. 7 a 10).

SECCION TERCERA

Responsabilidad patrimonial. Se acogerá la decisión del Tribunal, por cuanto los elementos que configuran la responsabilidad de la administración fueron demostrados.

De acuerdo con los presupuestos fácticos quedó establecido que el 29 de septiembre de 1988 se decomisó una mercancía por presunción de contrabando, 320 bultos de fríjol por valor de \$5.717.700.00; por este motivo se inició investigación penal por el delito de contrabando en contra de Libio Efraín Aguirre, el cual culminó con la cesación de procedimiento, providencia judicial que además decidió que la mencionada mercancía no era de contrabando, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas, circunstancia ésta que fue comunicada al Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana el 6 de abril de 1989 por Oficio 147.

Igualmente, se demostró que el valor reconocido a los demandantes fue por la suma de \$1.800.225.25 m/cte., el 5 de septiembre de 1990, como consecuencia de la venta directa realizada por la entidad el 16 de diciembre de 1988 muy inferior al fijado por la entidad demandada de acuerdo con el Acta de Ingreso número 326 de 29 de septiembre de 1988 (\$5.717.700.00) y el fijado por el perito aforador en el dictamen de 14 de octubre de 1988, donde se analizó peso, posición, gravamen, régimen, valor unitarios y valor total que asciende a \$4.764.750.00.

Tratándose de mercancías aprehendidas por las autoridades aduaneras bajo la presunción de contrabando, éstas pueden ser enajenadas bajo el sistema de venta directa, siempre y cuando se trate de elementos perecederos o cosas fungibles, cuyo estado es de corta durabilidad en el tiempo, sin necesidad de que requieran orden judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Decreto 051/87.

Las reflexiones del *a quo* son acertadas en lo que se refiere a la legalidad de la venta efectuada por parte del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional debido a la naturaleza de los bienes decomisados; sin embargo, dicha venta no se hizo por su valor real; pues de las pruebas que de manera irregular aportó la demandada, aun se tiene en el Acta de Avalúo número 003 de 25 de noviembre de 1988 el valor unitario por kilo de fríjol era del orden de \$300.00 m/l, dando como resultado \$5.717.700.00 los 320 bultos del grano, consta como valor de depreciación \$3.907.095.00, siendo el avalúo definitivo \$1.810.605.00 m/l., es decir, el valor aproximado de la venta efectuada.

La obligación por parte de la administración consiste en el mantenimiento, custodia, almacenamiento o enajenación de las mercancías abandonadas o

decomisadas en favor de la Nación; en el caso *sub examine* la obligación de restituir el valor real equivalente a los 320 bultos de frijol, pues la justicia penal aduanera encontró que la mercancía retenida no era de contrabando.

No es de recibo la depreciación calculada por valor de \$3.907.095.00; por cuanto no se aportaron los elementos de juicio que hubieren permitido hacer dicho cálculo.

La falla del servicio está comprendida por la venta muy inferior al valor real de la mercancía depositada en las dependencias del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional de la ciudad de Cali. El daño inferido, consiste en que los demandantes no percibieron el justo precio por el grano que legalmente fue transportado ni tampoco tuvieron la oportunidad de especular con él.

El recurrente argumenta entre otras cosas que la entidad obligada es el Fondo Rotatorio de Aduanas, establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, pero se precisa, que con la expedición de la Ley 2ª de 1992 el Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional desapareció y en la actualidad es la Dirección General de Aduanas la entidad obligada por mandato de la ley, por lo tanto será la llamada a responder por los perjuicios causados a los demandantes.

El impugnante también manifiesta que en este caso se configuró el fenómeno de la caducidad de la acción, pues el término comenzó a correr desde el 29 de septiembre de 1988, fecha en que se produjo el decomiso de la mercancía, pero, la circunstancia que aquí se discute no es el decomiso en sí, sino la venta ligera del producto y más concretamente la fecha de entrega de la suma de dinero producto de la venta realizada por el fondo.

En consecuencia la Aduana Nacional deberá responder por los perjuicios causados a los demandantes, por no restituirles el justo precio de la mercancía, éste se hará de acuerdo con los siguientes elementos de juicio:

Perjuicios materiales. Se acogerá el segundo dictamen pericial por ser el más técnico elaborado por el Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, donde se analizó el peso total de los 320 bultos de frijol, posición, gravamen, régimen, valor unitario del orden de \$250.00 y valor total \$4.764.750.00, se deducirá la suma recibida de \$1.800.225,25 m/cte., y se ordenará el pago de la diferencia de \$2.964.524.75 m/cte., más la actualización de esta suma a partir de la fecha de la entrega del cheque, 5 de septiembre de 1990 hasta la fecha de la sentencia y los intereses legales del 6% anual, esto con el fin de que se mantenga el precio real del producto, de conformidad con las fórmulas de las matemáticas financieras, así:

SECCION TERCERA

$$VP = \frac{VH \text{ Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$$

$$VP = \frac{2.964.524.75 \times 273.52}{156.34}$$

$$VP = 2.964.524.75 \times 1.749520276$$

$$VP = 5.186.496.16$$

$$I = \frac{2.964.524.75 \times 6\% \times 883 \text{ días}}{100 \times 360 \text{ días}}$$

$$I = 436.279.23$$

$$\text{Total: } 5.622.775.39$$

El valor a pagar por parte de la Dirección General de Aduanas será de cinco millones ciento ochenta y seis mil cuatrocientos noventa y seis pesos con dieciséis centavos moneda corriente (\$5.186.496.16 M/Cte.), por concepto de daño emergente y la suma de cuatrocientos treinta y seis mil doscientos setenta y nueve pesos con veintitrés centavos moneda corriente (\$436.279.23 m/cte.), para un total de cinco millones seiscientos veintidós mil setecientos setenta y cinco pesos con treinta y nueve centavos moneda legal (\$5.622.775.39 m/l.).

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

FALLA:

Primero. *Confírmase* la sentencia apelada; por consiguiente se tendrá en cuenta la actualización proyectada en la parte motiva, para el pago de los perjuicios materiales por concepto de daño emergente en la suma de cinco

EXP. - 7537

millones seiscientos veintidós mil setecientos setenta y cinco pesos con treinta y nueve centavos moneda legal (\$5.622.775.39 M/Cte.).

Envíese copia de esta sentencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Aduanas para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia se discutió y aprobó en sesión de fecha 18 de febrero de 1993.

CONCILIACION/CONSULTA - Improcedencia/NULIDAD PROCESAL

La providencia -aprobatoria del acuerdo conciliatorio- no era susceptible del recurso de apelación por expresa exclusión legal. Por consiguiente, la administración carecía de oportunidad para interponer ese recurso; de haberlo hecho, se habría negado por improcedente. La finalización del proceso es fruto del acuerdo entre las partes en litigio, no de la imposición que, normalmente, hace el juez en contra de una de ellas y en favor de la otra. El auto, a pesar de la aparente unilateralidad que sugiere su presentación externa, es la simple aprobación de una acción conjunta, consentida y bilateral de las partes que está lejos de constituir una "imposición de una obligación" en contra de la administración. El grado de consulta, para eventos como este, conduciría a contradecir la filosofía misma de la conciliación cuyo propósito fundamental es la descongestión de los despachos judiciales. La consulta se admitió y tramitó sin que fuera procedente, configurándose la causal de nulidad de que trata el artículo 140-2 del C. P. C., la cual es insaneable y puede declararse de oficio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 7953.

Actores: Luzdari Sepúlveda Roda y otro.

Al momento de entrar a decidir el grado de consulta del auto que profirió el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba el 9 de octubre de 1992, la Sala advierte la ocurrencia de una nulidad de carácter insaneable que hay lugar a declarar de oficio.

El Decreto 0171 de 1993, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 2651, con el fin esencial de promover la descongestión de los despachos judiciales dispuso la procedencia de la conciliación en las acciones contencioso-administrativas sobre responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

El artículo 40 de dicho decreto prevé que en caso de acuerdo total, la respectiva sección del Tribunal o Consejo de Estado dictará un auto aprobando lo convenido y decretando la terminación del proceso y agrega:

“Parágrafo. Las providencias que aprueban el acuerdo conciliatorio y ordenen la terminación del proceso *no son susceptibles de recurso alguno*” (destacados fuera del texto).

Sobre la consulta, la Sala ha precisado lo siguiente:

“De acuerdo con la ley procesal-administrativa anterior, y con la actual, para que proceda el grado de consulta es indispensable, entre otros requisitos, que la sentencia de primera instancia imponga una obligación a cargo de una entidad pública.

“Así lo ordenaba el artículo 134 de la Ley 167 de 1941, a cuyo texto:

“Si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público, siendo procedente el recurso, deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa.

“La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutará mientras no se surta ante el superior.

“Y el Decreto-ley 01 de 1984, en el artículo 184, inciso 1º dispone:

“Consulta. Las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración.

“De esta última disposición, aplicable a este proceso a pesar de que su iniciación ocurrió bajo la legislación anterior, según lo enseña el inciso 1º del artículo 266 del C. C. A., se deduce que, para la procedencia de la consulta es menester:

“a) Que se trate de una sentencia o de un auto de liquidación de condenas en abstracto;

SECCION TERCERA

“b) Que se hayan dictado en primera instancia;

“c) Que impongan una obligación a cargo de una entidad pública cualquiera;

“d) Que no hayan sido apeladas por la administración”.

(Auto de 7 de junio de 1991. Expediente 6191. Actor: Beneficencia de Boyacá, Consejero Ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández).

La aplicación de la doctrina que se deja expuesta al caso concreto conduce a concluir en la improcedencia de la consulta ordenada, como pasará a verse:

a) La providencia no era susceptible de recurso de apelación por expresa exclusión legal;

b) Por consiguiente, la administración carecía de oportunidad para interponer ese recurso; de haberlo hecho, se habría negado por improcedente;

c) La finalización del proceso es fruto del acuerdo entre las partes en litigio no de la imposición que, normalmente, hace el juez en contra de una de ellas y en favor de la otra;

d) El auto, a pesar de la aparente unilateralidad que sugiere su presentación externa, es la simple aprobación de una acción conjunta, consentida y bilateral de las partes que está lejos de constituir una “imposición de una obligación” en contra de la administración;

e) El grado de consulta, para eventos como éste, conduciría a contradecir la filosofía misma de la conciliación cuyo propósito fundamental es la descongestión de los despachos judiciales.

Así las cosas, pues, la consulta se admitió y tramitó sin que fuera procedente; en tal virtud, se configuró la causal de nulidad de que trata el artículo 140-2 del C. P. C., la cual es insaneable y puede declararse de oficio, según lo previsto en los artículos 144 y 145 *ibidem*.

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

RESUELVE:

Declarase la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto de 13 de enero de 1993, mediante el cual se dio curso a la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Juan de Dios Montes Hernández.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Nota de Relatoría. Se reiteró, además, la jurisprudencia contenida en auto de 7 de junio de 1991, expediente 6191, actor: Beneficencia de Boyacá, ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández relacionada con el grado de consulta.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA PORTUARIA

Se configura claramente una falla del servicio, atribuible al personal armado de la Policía Nacional que al pretender la protección de los bienes depositados en las bodegas del puerto, si bien, evitaron el hurto de las mercancías, paralelamente privaron de su vida a los sujetos que allí se encontraban, en un operativo o procedimiento cuya legalidad o legitimidad frente a la responsabilidad administrativa del Estado resulta seriamente cuestionable. Fue desmedido, brutal y violento el actuar de la fuerza pública, cuyo único afán pareció ser la exterminación de los frustrados ladrones, más no su aprehensión para que fueran los jueces penales competentes quienes tras de un debido proceso les impusieran las condenas correspondientes.

PERJUICIOS MATERIALES - Improcedencia

Si bien con los testimonios recaudados se pretendió acreditar el perjuicio de los demandantes por razón del lucro cesante, tal comprobación no resultó suficiente, ni está acorde con la actividad abiertamente ilícita que las víctimas desarrollaban al momento de su muerte. Para la Sala no es asimilable la figura de los trabajadores que pretenden mostrar los declarantes en este proceso, con la de los delincuentes que por encontrarse en flagrancia al momento de su muerte, plenamente demuestran la ilicitud de su actividad, imposibilitando así el pretendido reconocimiento indemnizatorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7133.

Demandada: La Nación - Policía Nacional.

Actores: Ventura Garcés y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 6 de septiembre de 1991, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

“1. *Declárase* administrativamente responsable a la Nación - Policía Nacional, por la muerte violenta de Luis Angel Viveros Garcés, Buenaventura Díaz, Aníbal Angulo Viveros y Edgar Grueso Mina, ocurridas en Buenaventura (Valle) el nueve (9) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987), a raíz de los disparos hechos a cada uno de ellos por la Policía Portuaria.

“2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación - Policía Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales:

“a) A Ventura Garcés y Aureliano Viveros Angulo -padres del occiso Luis Angel Viveros Garcés-; a Dora Alicia Díaz Valenzuela, Sabina Cuero y Yiminson Díaz Cuero -madre, compañera e hijo respectivamente del occiso Buenaventura Díaz-; a Cervelina Mina Garcés, José Aníbal Angulo Mina, James Angulo Mina y Jarinso Angulo Mina -compañera e hijos respectivamente del occiso Aníbal Angulo Viveros-; a Mario Grueso Vente y Waldina Mina -padres del occiso Edgar Grueso Mina; el equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno, según lo certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo;

“b) A Crucelina Viveros Garcés -hermana del occiso Luis Angel Viveros Garcés-, a Martín Grueso Mina, Ubaldina Grueso Mina, Meller Grueso Mina, Pastora Grueso Mina y Gloria Grueso Mina -hermanos del occiso Edgar Grueso Mina- el equivalente a quinientos (500) gramos de oro para cada uno, según lo certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

“3. Las sumas aquí reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término.

“4. Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SECCION TERCERA

“5. Niéganse las otras pretensiones de la demanda”.

I. ANTECEDENTES

1. *Las pretensiones*

En escrito presentado el 19 de diciembre de 1988 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, los señores Ventura Garcés, Aureliano Viveros Angulo, Crucelina Viveros Garcés, Cervelina Mina Garcés en su propio nombre y en el de los menores José Aníbal, James y Arrinson Angulo Mina; Dora Alicia Díaz Valenzuela, Sabina Cuero, en su propio nombre y en el de su menor hijo Yiminson Díaz Cuero, Mario Grueso Vente y Waldina Mina, en sus propios nombres y en el de sus menores hijos Martín, Ubaldina, Meller Grueso Mina; Pastora y Gloria Grueso Mina, en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación -Policía Nacional-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. La Nación (Policía Nacional) es administrativamente responsable de la muerte violenta de cada una de las siguientes personas: Luis Angel Viveros Garcés, Buenaventura Díaz, Aníbal Angulo Viveros y Edgar Grueso Mina, ocurridas en Buenaventura (Valle), el día nueve (9) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987), a raíz de disparos hechos a cada una de ellas por agentes de la Policía Portuaria.

“Como consecuencia de la declaración precedente, la demandada está obligada a reconocer y pagar:

“A. Por concepto de reparación de perjuicios morales y en favor de cada una de las siguientes personas: Ventura Garcés, Aureliano Viveros Angulo y Crucelina Viveros Garcés, la suma de dinero equivalente a un (1) mil gramos oro fino, al precio que certifique el Gerente del Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la sentencia.

“B. Por concepto de perjuicios materiales y a favor de la señora Ventura Garcés, madre del finado Angel Viveros Garcés, la suma de dinero que se pruebe en este proceso, con la actualización e incremento en el ingreso de la víctima que tiene acordados la jurisprudencia administrativa, dado el índice de devaluación constante de la moneda nacional, y teniéndose muy en cuenta el daño emergente y el lucro cesante.

“II.

“A. Por concepto de reparación de perjuicios morales y a favor de cada una de las siguientes personas: Dora Alicia Díaz Valenzuela, Sabina Cuero

y Yiminson Díaz Cuero, la suma de dinero equivalente a un (1) mil gramos oro fino, al precio que ese metal tenga en la fecha de ejecutoria de la sentencia, y conforme certificación del Banco de la República.

“B. Por concepto de reparación de perjuicios materiales y a favor de la señora Sabina Cuero y su hijo Yiminson Díaz Cuero, la suma de dinero que se pruebe en el proceso, con la actualización e incremento en el ingreso de la víctima que tiene indicados la jurisprudencia administrativa, y teniendo muy en cuenta el daño emergente y el lucro cesante.

“III.

“A. Por concepto de reparación de perjuicios morales y a favor de Cervelina Mina Garcés, José Aníbal Angulo Mina, James Angulo Mina y Arinso Angulo Mina, vale decir, a cada uno de ellos, la suma de dinero equivalente a un (1) mil gramos oro fino, al precio que tenga ese metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia y según lo certifique el Banco de la República.

“B. Por concepto de reparación de perjuicios materiales y a favor de la señora Cervelina Mina de Garcés y de cada uno de sus hijos José Aníbal, James y Arinso Angulo Mina la suma de dinero que se pruebe en el proceso, con la actualización e incremento en el ingreso de la víctima que tiene aceptados la jurisprudencia administrativa, dado el índice constante de devaluación de la moneda nacional y tenidos muy en cuenta el daño emergente y el lucro cesante.

“IV.

“A. Por concepto de reparación de perjuicios morales y a favor de cada una de las siguiente personas: Mario Grueso Vente o Mario Grueso, Waldina o Ubaldina Mina, Martín Grueso Mina, Ubaldina Grueso Mina, Meller Grueso Mina, Pastora Grueso Mina y Gloria Grueso Mina, la suma de dinero equivalente a un (1) mil gramos oro fino, al precio que ese metal tenga en la fecha de ejecutoria de la sentencia y según lo certifique el Banco de la República.

“B. Por concepto de reparación de perjuicios materiales y a favor de la señora Waldina o Ubaldina Mina, madre de la víctima, la suma de dinero que se pruebe en el proceso, con la actualización e incremento en el ingreso de la víctima que tiene aceptados la jurisprudencia administrativa, y tenidos muy en cuenta el daño emergente y el lucro cesante.

“2. Si el daño material ocasionado a mis predichos mandantes no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe en el proceso base

SECCION TERCERA

suficiente para fijarlo por medio de perito, la demandada pagará, como indemnización, una suma de dinero equivalente a cuatro mil (4.000) gramos oro, a cada uno, al precio que dicho metal tenga en la fecha de ejecutoria de la sentencia y conforme lo certifique el Banco de la República.

“3. Las sumas de dinero a cargo de la demandada, al tenor de la sentencia, se pagarán por su valor constante en relación con el Índice de Precios al Consumidor y, además, con el interés puro del seis por ciento (6%) anual, desde la fecha del daño o perjuicio y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

“4. Igualmente las sumas de dinero a cargo de la demandada y conforme el auto que decida el incidente de que tratan los artículos 172 del Código Contencioso Administrativo y 308 del C. de P. C., se pagarán por su valor constante en relación con el índice nacional de precios al consumidor y, además, con el interés puro del seis por ciento (6%) anual, desde la fecha de sentencia y hasta la fecha de ejecutoria de ese auto.

“5. Las sumas de dinero que se ordena a la demandada a pagar a los actores, tanto en la sentencia como en el auto que decida el incidente previsto en los artículos 172 del C. C. A. y 308 del C. de P. C., devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término (art. 177 del C. C. A.).

“6. La sentencia debe ejecutarse en los términos del artículo 176 del C. C. A.”

2. Fundamentos de hecho

Aparecen relacionados amplia y detalladamente en la demanda, a folios 34 a 41. La Sala hace la siguiente síntesis de los mismos:

El 9 de enero de 1987, aproximadamente a la una de la mañana cuando se encontraban sin autorización alguna y seguramente con fines delictivos en la Bodega número 2 del Terminal Marítimo de Buenaventura Luis Angel Viveros Garcés, Buenaventura Díaz, Aníbal Angulo Viveros y Edgar Grueso Mina, fueron sorprendidos por una patrulla de vigilancia de la Policía Portuaria quienes utilizaron sus armas contra las personas antes mencionadas, ocasionándoles la muerte.

La patrulla policial se integraba por oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, y luego de disparar contra los intrusos y presuntos delincuentes, ninguno de los cuales portaba arma de fuego, “limpiaron la pólvora de la

boquilla de sus armas” y en el informe correspondiente manifestaron que se habían visto obligados a utilizar sus armas de dotación para defenderse.

Se sostiene en la demanda que ese comportamiento de los miembros de la Policía Nacional configuró una falla del servicio porque violaron normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre la utilización de las armas y el procedimiento para someter a los posibles delincuentes, a quienes se les aplicó la pena de muerte, causando perjuicios morales y materiales a quienes figuran como demandantes y resultaron afectados no sólo sentimentalmente por el fallecimiento del ser querido, sino por la pérdida del apoyo económico que las víctimas prestaban a sus familias.

3. Actuación procesal

En la oportunidad para contestar la demanda el apoderado de la Policía Nacional se limitó a solicitar pruebas para demostrar los ingresos mensuales de Luis Angel Viveros Garcés y la dependencia económica de los accionantes, la conducta del occiso anterior a su fallecimiento y el motivo por el cual se encontraba en el Terminal Marítimo de Buenaventura al momento de su muerte.

Al presentar los alegatos de conclusión, la parte actora en extenso memorial (fls. 117 a 167), reiteró los planteamientos de la demanda en el sentido de reclamar la declaración de responsabilidad administrativa a cargo de la Nación - Policía Nacional, por la falla en el servicio de esta institución, falla que originó los perjuicios a los demandantes, estructurándose en esa forma la responsabilidad extracontractual de la administración, de donde concluye que las súplicas de la demanda deben prosperar.

El apoderado judicial de la parte demandada en escrito de folios 168 a 170 argumenta que la Policía Nacional “actuó conforme a derecho”, por cuanto los hechos se sucedieron cuando miembros de la institución pretendieron capturar a unas personas que “se encontraban robando en la bodega... obtuvieron como respuesta fue un ataque rotundo con armas de fuego tratando de abrir paso a disparos... teniendo (los uniformados) que hacer uso de las armas para proteger la vida, teniéndose como resultados funestos para los ladrones aguerridos”. Sostiene que no hubo falla del servicio “toda vez que se dio fue una legítima defensa, por parte de los uniformados que participaron en el operativo...”, para concluir que se dio una eximente de responsabilidad “ya que las víctimas tuvieron la culpa que la policía disparara”.

El Fiscal Segundo del Tribunal conceptuó favorablemente a las súplicas de la demanda por cuanto encontró demostrada la falla del servicio. Con

SECCION TERCERA

respecto al reconocimiento de perjuicios materiales sostiene que no debe accederse, dado que “los occisos eran delincuentes” y no se probó la licitud de sus ingresos. Sobre los perjuicios morales estima que no tienen derecho a ser indemnizados los hermanos, pero sí los padres e hijos de las víctimas.

Oficiosamente el Tribunal dispuso que la parte demandante aportara al proceso las Actas de Matrimonio y Registros Civiles de Nacimiento de algunos demandantes y de las víctimas (fls. 180-181).

4. *La sentencia apelada*

Consideró el *a quo* que en el caso examinado se presentó una falla del servicio de la Policía Portuaria, “la conducta arbitraria de los uniformados violó ostensiblemente la norma constitucional, legal y reglamentaria, pues hubo ausencia del servicio, lo que conlleva a la responsabilidad de la Administración... por haber utilizado un procedimiento ilegal, ya que no emplearon los medios para aprehenderlos, por estar cometiendo un ilícito, sino que los acribillaron a bala, siendo su deber primordial el de velar por la vida de esos sujetos, así fueran unos delincuentes”. Además de la falla del servicio, el Tribunal consideró acreditados el daño y la relación de causalidad con la falla del servicio, sin cuya existencia no se hubiera presentado la muerte de las víctimas.

Con relación al resarcimiento de los perjuicios morales por el deceso de Luis Angel Viveros Garcés, accedió el *a quo* a reconocerlo para sus progenitores y para su hermana Crucelina Garcés. Respecto de los perjuicios materiales sostuvo que no había lugar a reconocimiento alguno, por cuanto la víctima no tenía un trabajo permanente y al morir se dedicaba a una actividad ilícita, “por lo que se puede presumir que si el occiso tenía alguna entrada económica no era por trabajo lícito”.

Por la muerte de Buenaventura Díaz reconoció el Tribunal perjuicios morales a su progenitora, a su compañera y a su hijo. Sobre los perjuicios materiales, para negarlos hizo las mismas consideraciones del grupo familiar anterior.

En favor de los familiares de Aníbal Angulo Viveros, el *a quo* reconoció perjuicios morales para su compañera e hijos; en cuanto a los materiales, lo mismo que en los casos anteriores, denegó su reconocimiento.

Por último, por la muerte de Edgar Grueso Mina, fueron indemnizados por perjuicios morales sus padres y hermanos; en cuanto a la indemnización por

perjuicios materiales fue denegada con las mismas consideraciones hechas para los demás demandantes.

5. Razones de la apelación

La inconformidad del recurrente con la sentencia, radica fundamentalmente en que “la condena ordenada por ella es parcial, e insuficiente, y, por lo mismo, se aparta mucho de lo pedido en la demanda”. Aduce que si bien los occisos no tenían un trabajo único, no se dedicaban a una sola labor, sí tenían trabajo estable, pues cada uno “se dedicaba permanentemente a labores o trabajos varios o diversos, precisamente para no tener cesación en su labor...”, de donde obtenían los ingresos correspondientes. De otra parte, aduce el impugnante que es errada la apreciación del *a quo*, según la cual, porque las víctimas murieron cuando cometían un hecho delictuoso, sus entradas económicas no provenían de fuentes lícitas, sino de la ejecución de actos ilegales, para concluir que los jóvenes fallecidos obtenían sus ingresos permanentemente de la ejecución de delitos, conclusión ésta que en el proceso se encuentra sin respaldo probatorio.

Al alegar de conclusión, la parte demandada solicita que se confirme la sentencia en cuanto negó el reconocimiento de perjuicios materiales. Pide además que se revoque la decisión indemnizatoria moral que beneficia a Dora Alicia Díaz Vanezuela, Pastora Mina y Gloria Mina.

En la segunda instancia se aportaron los registros civiles de nacimiento que la Sala oficiosamente había requerido para aclarar algunas dudas que se presentaban.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra demostrado en este proceso lo siguiente:

1. Que Aureliano Viveros Angulo y Ventura Garcés contrajeron matrimonio el 6 de enero de 1966 (fl. 192) y procrearon a Luis Angel Viveros Garcés (fl. 185) y a Crucelina Viveros Garcés (fl. 185).

2. Que José Aníbal Angulo Mina (fl. 273), James Angulo Mina (fl. 274), Jarinso Angulo Garcés (fl. 283), son hijos extramatrimoniales y reconocidos de Aníbal Angulo Viveros y Cervelina Mina Garcés, quienes vivían permanentemente bajo el mismo techo, en compañía de sus padres.

3. Que Buenaventura Díaz era hijo de Dora Alicia Díaz Valenzuela (fl. 275) y que procreó con Sabina Cuero a Yiminson Díaz Cuero (fl. 276), a quien reconoció como hijo suyo.

SECCION TERCERA

4. Que Edgar Grueso Mina era hijo natural de Mario Grueso y Waldina Mina (fl. 277), lo mismo que Martín Grueso Mina (fl. 278), Meller Grueso Mina (fl. 279), Ubaldina Grueso Mina (fl. 280), Pastora Grueso Mina (fl. 281) y Gloria María Grueso Mina (fl. 282).

5. Que el 9 de enero de 1987, fecha de ocurrencia de los hechos, los miembros de la Policía de Vigilancia Portuaria que participaron en el operativo, tanto oficiales, como suboficiales y agentes, se encontraban en servicio activo y que, como habitualmente sucede, portaban armamento de dotación oficial. Todos se hallaban en ejercicio de sus funciones y atribuciones como integrantes de la Policía Nacional (fls. 1 y 9, C. 2; 60, C. 3).

6. Que el fallecimiento de las víctimas se produjo de manera violenta, por lesiones causadas con armas de fuego. Así lo señalan las actas de las diligencias de levantamiento de los cadáveres (fls. 95 a 99, C. 3) y de necropsias (fls. 64 a 70, C. 3).

7. Que en la madrugada del 9 de enero de 1987 al ser informada la Policía Portuaria de Buenaventura sobre la presencia de personas extrañas en la Bodega 2 del muelle de dicho puerto, organizaron un operativo con el presunto propósito de capturar a los intrusos. Al mando del personal armado se encontraban un mayor y un capitán de la institución quienes con 10 miembros más, rodearon el lugar y utilizaron sus armas contra los individuos que ilícitamente se encontraban dentro de la bodega, ocasionando la muerte de siete de estos, quienes presentaban en sus cuerpos múltiples lesiones producidas con armas de fuego.

8. Que en el proceso penal militar adelantado contra el personal de la Policía Nacional comprometido en el operativo, los autores de las muertes referidas fueron exonerados de responsabilidad penal por cuanto, según sus versiones, la conducta desplegada obedeció a una legítima defensa de sus vidas ante la agresión de que fueron víctimas con armas de fuego por parte de quienes pretendían hurtar mercancías depositadas en la bodega 2 del muelle de Buenaventura.

De acuerdo con las anteriores demostraciones, la Sala considera que en el caso examinado se configura claramente una falla del servicio, atribuible al personal armado de la Policía Nacional que al pretender la protección de los bienes depositados en las bodegas del puerto de Buenaventura, si bien, evitaron el hurto de las mercancías, paralelamente privaron de su vida a los sujetos que allí se encontraban, en un operativo o procedimiento cuya legalidad o legitimidad frente a la responsabilidad administrativa del Estado resulta seriamente cuestionable.

Para la Sala, las circunstancias mismas antecedentes, concomitantes y posteriores a la actuación del personal armado de la Policía Nacional, le indican en forma clara la irregularidad de la actuación policiva. Debe observarse que hubo tiempo suficiente para organizar el operativo de captura de los presuntos delincuentes; que había un suficiente número de miembros de la Policía Nacional (12); que supuestamente deberían encontrarse provistos de los medios necesarios y suficientes para cumplir legítimamente su cometido; que la bodega fue rodeada por los agentes del orden, pero, a pesar de tan ventajosas condiciones, antes que procurar la captura de los delincuentes, lo que hicieron fue disparar contra éstos, a quienes los acusan en sus descargos, de haberlos agredido violentamente con armas de fuego obligándolos a disparar contra las víctimas, en defensa de sus propias vidas. Empero, tal agresión armada que administrativamente pudiera explicar el comportamiento violento y exagerado de los miembros de la Policía Nacional no halla respaldo probacional de ninguna naturaleza, por cuanto las armas de fuego supuestamente utilizadas contra la Policía Portuaria, no aparecieron por parte alguna. En cambio sí son ostensibles los múltiples impactos que en diversas partes de sus cuerpos recibieron las víctimas, de donde se infiere que fue desmedido, brutal y violento el actuar de la fuerza pública, cuyo único afán pareció ser la exterminación de los frustrados ladrones, más no su aprehensión para que fueran los jueces penales competentes quienes tras de un debido proceso les impusiera las condenas correspondientes. Prefirieron los miembros de la Policía Nacional, desconocer los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios que les impone el respeto a la vida de los ciudadanos, así se trate de delincuentes, que los obliga a procurar primordialmente su captura y que les ordena utilizar las armas como última y extrema forma de solucionar la situación pero procurando ocasionar el menor daño posible. El proceso desafortunadamente muestra que los policías actuaron en contravía de tales orientaciones para incurrir así en la falla del servicio que los demandantes le imputan a la administración.

Así mismo, resulta obvio para la Sala, que de no haber sido por esa falla del servicio, no se hubiera producido el deceso violento de las víctimas, es decir, que el daño lo generó directamente la falla aludida, estableciéndose así una evidente relación causal entre la falla del servicio y el daño, lo que configura o estructura la responsabilidad extracontractual en este caso a cargo de la Nación -Policía Nacional-.

Cabe advertir la conformidad de la Sala con la aclaración que hace *el a quo* para diferenciar la decisión absolutoria de la justicia penal por los hechos

SECCION TERCERA

que originaron este proceso, frente a la declaración de responsabilidad administrativa hecha por esta jurisdicción. Los términos claros y concretos expresados por la Sala en la sentencia transcrita en lo pertinente por el *a quo*, son más que suficientes para explicar el sentido contrario de los fallos penales y administrativos frente a similares situaciones fácticas.

Establecida entonces la responsabilidad administrativa por falla del servicio, se procede a examinar lo relacionado con los reconocimientos indemnizatorios efectuados o denegados en la providencia impugnada.

Con relación a la indemnización por perjuicios morales, la Sala precisa:

Por este concepto se reconoció en la sentencia impugnada, en cada caso, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los progenitores, para la compañera y para cada uno de sus hijos, en tanto que para los hermanos el reconocimiento fue por la suma equivalente en pesos a 500 gramos del mismo metal para cada uno. La Sala considera dentro de esa razonable discrecionalidad que le asiste al fallador para tasar el monto indemnizatorio por esta clase de perjuicios, que los valores establecidos por el *a quo*, deben aminorarse, respecto de los padres, compañeras y hermanos, a las siguientes cantidades: El equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de los padres y compañeras de los occisos y de 200 gramos del mismo metal para cada uno de sus hermanos.

En este orden de ideas la indemnización por perjuicios morales quedará así:

a) Por la muerte de Luis Angel Viveros Garcés.

Reclaman sus padres Aureliano Viveros Angulo y Ventura Garcés, así como su hermana Crucelina Viveros Garcés. Estima la Sala que acreditado como está el parentesco, les corresponde a los progenitores el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de ellos y 200 gramos del mismo metal para la hermana;

b) Por la muerte de Buenaventura Díaz.

Reclaman su progenitora Dora Alicia Díaz Valenzuela, Sabina Cuero como su compañera y Yiminson Díaz Cuero, como hijo del occiso. Considera la Sala que habiéndose demostrado su parentesco deberá reconocérseles el equivalente a 1.000 gramos de oro para el hijo del occiso, cuyo dolor se presume y en la equivalencia a 500 gramos del mismo metal para su compañera, a quien el proceso muestra como la persona que convivía con él, lo acompañaba, colaboraba en la casa, y resultó sentimentalmente afectada por la muerte de Buenaventura Díaz;

Para la Sala, las circunstancias mismas antecedentes, concomitantes y posteriores a la actuación del personal armado de la Policía Nacional, le indican en forma clara la irregularidad de la actuación policiva. Debe observarse que hubo tiempo suficiente para organizar el operativo de captura de los presuntos delincuentes; que había un suficiente número de miembros de la Policía Nacional (12); que supuestamente deberían encontrarse provistos de los medios necesarios y suficientes para cumplir legítimamente su cometido; que la bodega fue rodeada por los agentes del orden, pero, a pesar de tan ventajosas condiciones, antes que procurar la captura de los delincuentes, lo que hicieron fue disparar contra éstos, a quienes los acusan en sus descargos, de haberlos agredido violentamente con armas de fuego obligándolos a disparar contra las víctimas, en defensa de sus propias vidas. Empero, tal agresión armada que administrativamente pudiera explicar el comportamiento violento y exagerado de los miembros de la Policía Nacional no halla respaldo probacional de ninguna naturaleza, por cuanto las armas de fuego supuestamente utilizadas contra la Policía Portuaria, no aparecieron por parte alguna. En cambio sí son ostensibles los múltiples impactos que en diversas partes de sus cuerpos recibieron las víctimas, de donde se infiere que fue desmedido, brutal y violento el actuar de la fuerza pública, cuyo único afán pareció ser la exterminación de los frustrados ladrones, más no su aprehensión para que fueran los jueces penales competentes quienes tras de un debido proceso les impusiera las condenas correspondientes. Prefirieron los miembros de la Policía Nacional, desconocer los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios que les impone el respeto a la vida de los ciudadanos, así se trate de delincuentes, que los obliga a procurar primordialmente su captura y que les ordena utilizar las armas como última y extrema forma de solucionar la situación pero procurando ocasionar el menor daño posible. El proceso desafortunadamente muestra que los policías actuaron en contravía de tales orientaciones para incurrir así en la falla del servicio que los demandantes le imputan a la administración.

Así mismo, resulta obvio para la Sala, que de no haber sido por esa falla del servicio, no se hubiera producido el deceso violento de las víctimas, es decir, que el daño lo generó directamente la falla aludida, estableciéndose así una evidente relación causal entre la falla del servicio y el daño, lo que configura o estructura la responsabilidad extracontractual en este caso a cargo de la Nación -Policía Nacional-.

Cabe advertir la conformidad de la Sala con la aclaración que hace el *a quo* para diferenciar la decisión absolutoria de la justicia penal por los hechos

SECCION TERCERA

que originaron este proceso, frente a la declaración de responsabilidad administrativa hecha por esta jurisdicción. Los términos claros y concretos expresados por la Sala en la sentencia transcrita en lo pertinente por el *a quo*, son más que suficientes para explicar el sentido contrario de los fallos penales y administrativos frente a similares situaciones fácticas.

Establecida entonces la responsabilidad administrativa por falla del servicio, se procede a examinar lo relacionado con los reconocimientos indemnizatorios efectuados o denegados en la providencia impugnada.

Con relación a la indemnización por perjuicios morales, la Sala precisa:

Por este concepto se reconoció en la sentencia impugnada, en cada caso, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los progenitores, para la compañera y para cada uno de sus hijos, en tanto que para los hermanos el reconocimiento fue por la suma equivalente en pesos a 500 gramos del mismo metal para cada uno. La Sala considera dentro de esa razonable discrecionalidad que le asiste al fallador para tasar el monto indemnizatorio por esta clase de perjuicios, que los valores establecidos por el *a quo*, deben aminorarse, respecto de los padres, compañeras y hermanos, a las siguientes cantidades: El equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de los padres y compañeras de los occisos y de 200 gramos del mismo metal para cada uno de sus hermanos.

En este orden de ideas la indemnización por perjuicios morales quedará así:

a) Por la muerte de Luis Angel Viveros Garcés.

Reclaman sus padres Aureliano Viveros Angulo y Ventura Garcés, así como su hermana Crucelina Viveros Garcés. Estima la Sala que acreditado como está el parentesco, les corresponde a los progenitores el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de ellos y 200 gramos del mismo metal para la hermana;

b) Por la muerte de Buenaventura Díaz.

Reclaman su progenitora Dora Alicia Díaz Valenzuela, Sabina Cuero como su compañera y Yiminson Díaz Cuero, como hijo del occiso. Considera la Sala que habiéndose demostrado su parentesco deberá reconocérseles el equivalente a 1.000 gramos de oro para el hijo del occiso, cuyo dolor se presume y en la equivalencia a 500 gramos del mismo metal para su compañera, a quien el proceso muestra como la persona que convivía con él, lo acompañaba, colaboraba en la casa, y resultó sentimentalmente afectada por la muerte de Buenaventura Díaz;

c) Por la muerte de Aníbal Angulo Viveros.

Reclaman Cervelina Mina Garcés como su compañera y José Aníbal, James y Jarinso Angulo Mina, como hijos extramatrimoniales y reconocidos del occiso. La Sala considera que los hijos demostraron tal calidad y que Cervelina Mina Garcés, madre de los menores, acreditó su permanente convivencia con la víctima. Su atención y cuidado para con él y para con sus hijos, a quien la desaparición de Aníbal Angulo Viveros emocionalmente la afectó. Se reconocerá el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada hijo y 500 gramos del mismo metal para la compañera;

d) Por la muerte de Edgar Grueso Mina.

Solicitan ser indemnizados sus padres Mario Grueso y Waldina Mina, así como sus hermanos Martín, Meller, Ubaldina, Pastora y Gloria María Grueso Mina. La Sala reconocerá una indemnización equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de sus padres y de 200 gramos del mismo metal para cada hermano.

Respecto de la indemnización por perjuicios materiales, cuyo reconocimiento les fue negado en todos los casos y por similares razones a los demandantes, la Sala hace las siguientes observaciones:

Sustenta su negativa el *a quo* en que no se demostró el daño emergente y que en cuanto al lucro cesante “la víctima no tenía un trabajo permanente... se ocupaba en oficios varios, entonces mal se puede decir que tenía una entrada mensual de determinada suma de dinero como lo argumentan los testigos; máxime si se tiene de presente que cuando ocurrió su fallecimiento, se encontraba en actividades ilícitas o sea tratando de sustraerse mercancía ajena, por lo que se puede presumir que si el occiso tenía alguna entrada económica no era por trabajo lícito”.

Al respecto la Sala considera que la apreciación del *a quo* al negar la indemnización por perjuicios materiales fue acertada, por cuanto, si bien con los testimonios recaudados se pretendió acreditar el perjuicio de los demandantes por razón del lucro cesante, tal comprobación no resultó suficiente, ni está acorde con la actividad abiertamente ilícita que las víctimas desarrollaban al momento de su muerte. Para la Sala no es asimilable la figura de los trabajadores que pretenden mostrar los declarantes en este proceso, con la de los delincuentes que por encontrarse en flagrancia al momento de su muerte, plenamente demuestran la ilicitud de su actividad, imposibilitando así el pretendido reconocimiento indemnizatorio.

SECCION TERCERA

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

FALLA:

Primero. Confirmanse los ordinales 1º, 3º, 4º y 5º de la sentencia apelada, esto es, la de 6 de septiembre de 1991, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Segundo. Modifícase el ordinal 2º de la sentencia recurrida el cual queda así:

2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación -Policía Nacional- a pagar por concepto de perjuicios morales:

a) A Ventura Garcés, Aureliano Viveros Angulo, Dora Alicia Díaz Valenzuela, Sabina Cuero, Cervelina Mina Garcés, Mario Grueso Vente y Waldina Mina una suma de dinero equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno;

b) A Yiminson Díaz Cuero, o a quien sus derechos represente, a José Aníbal Angulo Mina, James Angulo Mina y Jarinso Angulo Mina, o a quien sus derechos represente, el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno;

c) A Crucelina Viveros Garcés, Martín Grueso Mina, Ubaldina Grueso Mina, Meller Grueso Mina, Pastora Grueso Mina y Gloria Grueso Mina, el equivalente en pesos a doscientos (200) gramos de oro fino, para cada uno.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de este fallo y los interesados acompañarán la certificación junto con las respectivas cuentas de cobro.

Tercero. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., por Secretaría expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes contenidas en el artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO / ORDEN PUBLICO / DAÑO ANTIJURIDICO / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS

La administración actuó y debía hacerlo; pero los hechos rompieron el principio de la igualdad ante las cargas públicas e impusieron al administrado un gravamen excepcional que no tiene por qué sufrirlo. La fundamentación de la responsabilidad en casos como el presente se venía manejando con fundamento en el riesgo especial o excepcional; y hoy puede con mayor facilidad apoyarse en el mandato contenido en el artículo 90 de la nueva Carta Constitucional. El daño es antijurídico no solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento. Cuando se afirma que el daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo. La nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falta del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Ref.: Expediente número 7742. Consulta.

Actor: Rodrigo Rivera Coronel.

Conoce la sala en grado de consulta la sentencia de junio 11 de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

SECCION TERCERA

“1. Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, administrativamente responsable por los daños materiales en los conceptos de daño emergente y lucro cesante causados a Rodrigo Rivera Coronel y Sara Coronel de Rivera, con motivo de la acción militar llevada a cabo por la patrulla ‘Caimán Tres’ del Ejército Nacional Batallón José Hilario López de Popayán, en hechos sucedidos el 20 de marzo de 1990, sección La Depresión, Municipio de la Sierra de ese departamento.

“2. En consecuencia, condénase a la Nación- Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a los demandantes los siguiente perjuicios:

“a) Perjuicios materiales *in genere* a favor de Rodrigo Rivera Coronel y Sara Coronel de Rivera por partes iguales (50% a cada uno) por concepto de daño emergente y lucro cesante, por la pérdida del vehículo camión carro tanque marca Sisu, modelo 1968, doble troque de 10 llantas, motor 660298 con placas XZ-2099;

“b) Condénase igualmente a pagar a los actores citados en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, por la pérdida de combustible y otros que resulten probados mediante el trámite incidental y según las pautas dadas en esta misma providencia.

“3. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

“4. Para la tramitación incidental ordenada en este fallo se señala un término de dos (2) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, término que se dispone en acatamiento del artículo 119 del C. de P. C.

“5. Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.

“6. Envíese copia de este fallo con las constancias de notificación y ejecutoria al señor Comandante del Ejército Nacional, al señor Ministro de Defensa, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Procurador General de la Nación y al señor Procurador Regional (agente del Ministerio Público en este proceso).

“7. Consúltese si no fuere apelada”.

En la demanda el aspecto fáctico se narra de la siguiente manera:

“Dicen los actores que el señor Rodrigo Rivera Coronel es negociante en la comercialización de combustibles y accesorios para automotores como gasolina, aceite, filtros, llantas, bujías, etc., que expende en la Estación de

Servicio para vehículos de su propiedad, ubicada en 'El Estrecho', Municipio del Patía, Departamento del Cauca.

“Los combustibles son adquiridos para su distribución en Yumbo (Valle) a la Compañía Colombianos Distribuidores de Combustibles S. A. 'Móvil'. El transporte de estos elementos los hacia en el vehículo de su propiedad, haciendo dos y hasta tres viajes semanales.

“El día 20 de marzo de 1990 cuando hacia uno de sus acostumbrados viajes en el carrotanque de su propiedad, y siendo más o menos las 10 1/2 p.m., su vehículo conducido por José Javier Erazo y cargado con 5.100 galones de gasolina corriente, aceite y llantas, fue detenido por un grupo de 6 sujetos en el paraje de Esmita, vía Panamericana (Municipio de La Sierra) y obligado a transportarlos con rumbo desconocido. En momentos en que era abordado por los sujetos, pasaba por el mismo lugar, el último de los 4 camiones del Ejército Nacional que repletos de soldados y bajo la dirección del Teniente Javier Hernando Sánchez, cumplían misión de orden público en el Suroriente caucano.

“Percatados los militares de lo que estaba sucediendo, permitieron el paso del carrotanque en la pendiente de La Depresión, haciendo el ascenso en medio del convoy del Ejército Nacional, integrado por 4 camiones dotados de poderosas armas de fuego, terminada la pendiente, en el kilómetro 62 de la Carretera Panamericana, los camiones esperaron la llegada del carrotanque y sin mediar ningún aviso, comenzaron a disparar contra el vehículo, situación que ocasionó el incendio de la gasolina que transportaba. El conductor del vehículo temiendo más a la posible explosión, que a las balas de los militares desaseguró el carro y se lanzó de la cabina logrando salvar su vida. Los delincuentes que habían abordado el carrotanque murieron en la acción, quedando unos heridos.

“No aceptan la versión de los uniformados en el sentido que los militares fueron atacados en principio por los delincuentes, con bombas incendiarias y granadas, y menos que los soldados fueran heridos a causa de ese ataque, puesto que en su sentir, al quedar en medio de los dos carros del Ejército y en semicurva y haber cruce de disparos, sumada la oscuridad de la noche se hirieron mutuamente, ya que los delincuentes sólo llevaban una escopeta y un arma de juguete, cuya única preocupación era en esos momentos defenderse de las llamas”.

Cumplido el trámite de la instancia el *a quo* decidió en la forma indicada atrás.

SECCION TERCERA

Conformes las partes con la decisión, guardaron silencio por lo que la sentencia fue enviada a esta corporación para efectos del grado de consulta.

Tramitada esta segunda instancia, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

En esta nueva etapa procesal alegó la entidad demandada. En su alegato que obra a folios 306 y siguientes observa:

“Es de fundamentación jurisprudencial el hecho de tenerse en cuenta las causales de exoneración de responsabilidad, cuando éstas obran a favor del Estado, con lo que lógicamente, se viene a obtener igualmente la exoneración de responsabilidad patrimonial por parte de la Nación, como en este caso y de manera concreta el Ministerio de Defensa Ejército Nacional de Colombia, lo que se virtúa en consideración de unos postulados coexistentes como son el presentarse el hecho justificado en una conducta desarrollada por parte de elementos pertenecientes a la Fuerza Pública, Ejército Nacional, la producción de un resultado y consecuentemente producirse el daño alegado, con lo que se deja de lado que el resultado obtenido es igualmente de restablecimiento del orden en una actuación donde hubo intervención de individuos antisociales cuya participación obligó en justicia el actuar de la fuerza pública y cuya presencia no desborda principios constitucionales al tenerse de autos la situación de orden público reinante en el lugar de los acontecimientos, razones que se han dejado de lado teniendo en cuenta que la intervención anotada es el resultado de motivos de fuerza mayor, motivada por las circunstancias claras en autos y aquí expuestas.

“Por estas consideraciones, de conformidad con lo irrefrenable del accionar de la fuerza, cuyo caso contrario hubiera generado solo la omisión de un deber constitucional, se fundamenta una causal de exoneración patrimonial en favor de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

“Finalmente, dado el caso de no ser atendidas las peticiones de la Nación, es de considerar las condiciones de uso y desgaste del vehículo objeto de reparación, teniendo en cuenta que el mismo data del año de 1968 y el ocurrimiento de los hechos data de 1990, por lo que a la fecha del ocurrimiento soportaba 22 años de servicio, lo que deberá considerarse dentro de su oportunidad correspondiente, insistiéndose en que las alegaciones pertinentes deberán estar acompañadas de su fuerza probatoria correspondiente a fin de prever la figura del enriquecimiento sin una causa justificada”.

Para la Sala la sentencia deberá confirmarse en lo fundamental, aunque con algunas precisiones en cuanto a la condena impuesta.

Coincide con el *a quo* en que la participación de miembros del ente demandado en los sucesos que culminaron con la destrucción del vehículo, está fuera de toda duda, no sólo porque así lo puso en evidencia la prueba testimonial, sino porque ésta resultó corroborada con la aceptación misma de la entidad pública, la que en la práctica no niega el hecho sino que justifica la conducta por ella cumplida durante el operativo.

Para la Sala aunque la declaración del conductor del vehículo automotor, señor José Gabriel Erazo Pasaje (a fls. 142 y siguientes del cdeno. ppal.) por sí sola no demuestra el extremo que se deja anotado, ya que puede estimarse como sospechosa por razones de dependencia y por falta de coherencia, existen otros medios, documentales, que corroboran los hechos fundamentales narrados en la demanda y que sitúan el problema en el campo de saber si el administrado tenía o no por qué soportar el daño. En otras palabras, si el daño que se causó puede estimarse como antijurídico o no.

Para la Sala, y en esto coincide con el tribunal, el asunto no debe enfocarse desde la perspectiva de la falla del servicio. No; la administración actuó y debía hacerlo. Pero lo que sí es evidente es que los hechos rompieron el principio de la igualdad ante las cargas públicas e impusieron al administrado un gravamen excepcional que no tiene por qué sufrirlo. La fundamentación de la responsabilidad en casos como el presente se venía manejando con fundamento en el riesgo especial o excepcional. Y hoy puede con mayor facilidad apoyarse en el mandato contenido en el artículo 90 de la nueva Carta Constitucional, el que desarrolla la responsabilidad estatal dentro de estos supuestos:

- a) Que se cause un daño a una persona;
- b) Que ese daño sea imputable, por acción u omisión, a una autoridad pública (la administración en sentido anónimo o a un funcionario determinado), y
- c) Que ese daño sea antijurídico.

Así, la norma, como se ha dicho en otras oportunidades, respeta los extremos de toda relación de responsabilidad, como que señala los sujetos activo y pasivo de la misma (la administración y el tercero lesionado), el perjuicio y la relación causal.

El daño, como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño tiene que ser antijurídico, o sea causado por el comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que

SECCION TERCERA

se puede dar por acción u omisión) o por una conducta que, aunque regular, sea lesiva del principio constitucional de la igualdad frente a las cargas públicas, derivación del principio general de la igualdad ante la ley.

En otros términos, el daño es antijurídico no sólo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento.

Pero decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó.

En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) *tendrá que probarse esa irregularidad*, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía porque soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.

En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.

Aplicando las ideas al caso concreto cabe, entonces, concluir que la Nación resultó comprometida en los hechos debidamente probados, pero no porque hubiera actuado irregularmente, sino porque al hacerlo rompió el principio de la igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución.

LOS PERJUICIOS

Hizo bien el *a quo* cuando denegó los morales solicitados. Sólo por excepción y con pruebas de gran poder de convicción podría llegarse a reconocer esta clase de perjuicios por la pérdida de un bien material.

Frente a los materiales, se observa:

Los actores probaron ser los dueños del vehículo a la fecha de los sucesos aquí analizados. De la prueba documental que obra en el expediente se desprende esa titularidad, ya que fuera de los certificados del Intra (Putumayo)

que obran a folios 2 y 3, figura a folios 4 la fotocopia autenticada de la matrícula correspondiente.

Estas pruebas legitiman por activa a los demandantes y respaldan la pretensión de que se reconozca dentro del monto de la indemnización el valor del vehículo destruido en su totalidad.

Para la demanda el valor comercial del vehículo a 20 de marzo de 1990 era de \$20.000.000.00. Pero este extremo, como bien lo dice el tribunal, no resultó probado y deberá establecerse pericialmente durante el incidente, sin desconocer lo afirmado en la demanda en cuanto al valor en la fecha indicada.

El valor que así se determine deberá reajustarse con sujeción a la fórmula: $V_p = v_h \text{ ind. f.} / \text{ind. i.}$; de donde v_p o valor presente; v_h el que se determine a 20 de marzo de 1990; ind. f. o índice final a la fecha de este fallo; e ind. i. o índice inicial correspondiente a marzo de 1990.

Se seguirá el mismo procedimiento para establecer el valor de los 5.100 galones de gasolina perdidos en el incendio del carro tanque, sin exceder el valor indicado en la demanda de \$1.304.161.00; y del aceite que igualmente se destruyó, sin exceder dicho valor de la suma de \$239.254.72. En este extremo también procederá la indexación.

En cuanto al lucro cesante, la Sala no comparte la decisión del tribunal, porque esta pretensión estimada en \$42.520.000.00 es incompatible con la formulada como daño emergente por la pérdida del vehículo productor de la renta. No es lógico ni razonable pedir, por un lado, que se indemnice el valor del carro tanque (evento en el cual el dinero reemplazará al bien perdido y será un factor nuevo productor de renta de capital) y por el otro, que se reconozca lo que ese vehículo seguirá produciendo hasta el año 2.000, como si no se hubiera destruido y siguiera en su poder.

De reconocer la indemnización así pedida los actores percibirían un capital (el valor del vehículo) y seguirían obteniendo frutos, como si el vehículo continuara en actividad bajo su poder.

Se impone en ese orden de ideas como solución y a título de lucro cesante, dado el carácter comerciante de los actores, que el valor comercial del vehículo a marzo de 1990 (valor histórico) devengue intereses comerciales hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia. En otras palabras, el valor del vehículo que deberá reconocerse y el lucro comercial de ese capital hacia el futuro, reemplazarán aproximativamente la explotación del mismo durante su vida útil.

SECCION TERCERA

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 11 de junio de 1992, pero en el entendido de que las condenas impuestas por el tribunal tendrán sólo el alcance indicado en esta segunda instancia tanto para el daño emergente como para el lucro cesante, según las precisiones hechas en el capítulo "Perjuicios" de la parte motiva de esta providencia.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión de fecha 25 de febrero de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO - Protestas / FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO / LIBERTAD DE EXPRESION / DIGNIDAD HUMANA

Fue la conducta imprudente de los uniformados, quienes al disparar sus armas de dotación oficial, en forma indiscriminada, contra la multitud de marchistas, precipitó la tragedia. La demandante fue herida cuando formaba parte del grupo de protesta campesina, pero es lo cierto que no se probó que ella hubiese realizado alguna conducta antijurídica. En un régimen democrático es normal que los ciudadanos exterioricen sus inconformidades desfilando, protestando, gritando, etc. La democracia, se funda no sobre el consenso, sino sobre el disenso. Solo allí donde éste es libre de manifestarse, es real, y solo allí donde es real, el sistema puede considerarse, con todo derecho, como democrático. Por ello se enseña que existe una relación necesaria entre democracia y disenso. La anterior verdad demanda que la autoridad policiva esté preparada para mantener el orden pero siempre respetando su dignidad y el espacio de libertad que requiere la protesta misma.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Ref.: Expediente número 7826.

Demandada: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

Actora: Felisa Cano de Gómez.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el grado de consulta de la sentencia calendada el día veintidós (22) de agosto de mil novecientos

SECCION TERCERA

noventa y dos (1922), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su parte resolutiva,

DISPUSO:

“Primero. Declárase administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por las lesiones causadas a la integridad personal de Nelly Gómez Cano, en sucesos ocurridos el 29 de mayo de 1988, en el sitio Llana Caliente, Jurisdicción del Municipio de San Vicente de Chucurí, Departamento de Santander.

“Segundo. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar a Nelly Gómez Cano por concepto de perjuicios materiales, a título de lucro cesante la suma de seis millones trescientos noventa y un mil quinientos setenta y cuatro pesos con once centavos (\$6.391.574.11) moneda corriente.

“Tercero. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar por perjuicios morales subjetivos los siguientes valores:

“Un mil gramos oro (1.000) a Nelly Gómez Cano.

“Doscientos cincuenta gramos oro (250) a Felisa Cano de Gómez.

“El reconocimiento de estos valores se efectuará con base en la certificación que expida el Banco de la República sobre el precio de oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“Cuarto. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

“Quinto. La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.” (fls. 194-195, C. 1).

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

“Compareció ante este Tribunal de Justicia por intermedio de apoderado judicial doña Felisa Cano de Gómez, mayor de edad, vecina de San Vicente de Chucurí, en su nombre propio y en representación de su menor hija Nelly Gómez Cano a formular demanda contra ‘la Nación representada por el señor Fiscal de la Corporación y con notificación del auto admisorio de la demanda al Comandante de la II División del Ejército con sede en la ciudad de Bucaramanga, o en su defecto al Ministerio de Defensa Nacional’, en ejercicio

de la acción de reparación directa, para que previos los trámites procesales consagrados en la ley, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1. La Nación es responsable de los daños y perjuicios causados a la demandante por las lesiones sufridas por Nelly Gómez Cano en hechos ocurridos en el sitio Llana Caliente, jurisdicción del Municipio de San Vicente de Chucurí, Departamento de Santander, el 29 de mayo de 1988 dentro del operativo cumplido por el Batallón Luciano D’lhuyer, adscrito al Ejército Nacional.

“2. Se condene en consecuencia a la Nación a pagar a cada una de las demandantes:

“a) Por daños morales, el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, mil gramos de oro fino, dándole aplicación a los artículos 8º y 106 de la Ley 153 de 1887 y del Código Penal respectivamente;

“b) Por daños materiales: el valor de los honorarios que deben pagar al abogado por hacer valer procesalmente sus derechos, teniendo en cuenta la tarifa de los Colegios de Abogados. Además lo que resulte como lucro cesante y daño emergente, al calcular el número de años y de meses que le quedaban por trabajar bajo condiciones normales a la joven Nelly Gómez Cano;

“c) A Nelly Gómez Cano por el capital representativo de los sueldos dejados de percibir por causa de las lesiones recibidas e intereses complementarios hasta la fecha de la ejecución de la sentencia, actualizado su valor hasta la fecha del pago efectivo;

“d) Al pago de los gastos de manutención, habitación y transporte ocasionados por el abandono del trabajo a Nelly Gómez Cano sufragados por su progenitora desde la fecha de la lesión.

“3. Se ordene a la Nación dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.

“Hechos fundamentales de la acción

“La causa para pedir hállese conformada por los elementos fácticos que seguidamente resume la Sala así:

“a) Que movidos por problemas socioeconómicos los campesinos de Barrancabermeja, San Vicente y el Carmen en el mes de mayo de 1988 organizaron una marcha hacia la ciudad de Bucaramanga a fin de enterar a las autoridades de los problemas graves que los aqueja;

SECCION TERCERA

“b) Que iniciada la marcha campesina y ya a la altura del sitio conocido como Llana Caliente, el 29 de mayo de 1988 fue interrumpida por miembros del Ejército adscrito al Batallón Luciano D’lhuyer, comandado por el Coronel Rogelio Correa Campos, lo que obligó a los marchantes a organizar campamentos e improvisar cocinas para subsistir;

“c) Que ante el hostigamiento de la fuerza pública y por sobre todo la detención de varios campesinos, se presentaron protestas por lo que los organizadores de la marcha se dirigieron al Comandante Correa Campos quien inexplicablemente ordenó disparar sobre la población por lo que un escolta y desertor del ELN colaborador del Ejército, disparó su arma de dotación contra el Coronel y otros militares. Ante tal confusión, miembros del Batallón D’lhuyer dispararon contra los campesinos arrojando como resultado nueve muertos y veintisiete heridos entre quienes figura la señorita Nelly Gómez Cano quien tuvo que ser trasladada al hospital y sometida a intervención quirúrgica;

“d) Que los marchantes iban desprovistos de armas de fuego, portando algunos de ellos machetes para los menesteres domésticos. Al producirse la balacera los campesinos atemorizados corrieron a refugiarse de las balas siendo cercados y dominados por el Ejército quien es el sólo responsable de tan trágicos hechos;

“e) Que la lesión sufrida por Nelly Gómez Cano ocurrió el 29 de mayo de 1988, siendo ocasionada por miembros del Batallón D’lhuyer, del Ejército colombiano quien a la sazón tenía como misión impedir el avance de la marcha campesina;

“f) Que de las pruebas que ya obran en los Juzgados 7 y 21 de Instrucción Criminal con sede en San Vicente, se colige que los hechos ocurridos y ya narrados se ocasionaron con violación de todos los preceptos constitucionales y en abierto abuso de la investidura militar;

“g) Que lo narrado es un hecho notorio ampliamente difundido por los medios de comunicación;

“h) Que Nelly Gómez Cano a pesar de su corta edad, 13 años laboraba en forma independiente para ayudar al sustento familiar, recibiendo como empleada un salario mensual de \$25.000.00;

“i) Que como consecuencia de las heridas recibidas a Nelly Gómez Cano se le estirpó un riñón hallándose en permanente tratamiento médico desde entonces, ya que las lesiones recibidas son irreversibles por lo que tuvo que

abandonar su trabajo y trasladarse a Bucaramanga para su atención médica, erogaciones que ha sufragado su madre.

“Fundamentos de derecho

“Las pretensiones indemnizatorias de perjuicios se anclan de acuerdo con la demanda, en el artículo 16 de la antigua Constitución Nacional y en las disposiciones legales que reglan las funciones del desempeño de los militares. En cuanto al derecho sustantivo se invoca el principio conforme al cual todo aquel que cause directa o indirectamente un daño, está obligado a repararlo” (fls. 172-176, C. 1).

“Consideraciones de la Sala

“Concluidos en debida forma los ritos inherentes a este juicio, toda vez que no se aprecian irregularidades que afecten la legalidad de los trámites precluidos, procede la Corporación a decidir en el fondo de la cuestión aquí debatida.

“De la manera como ya se indicó imploran las actoras a través de procurador judicial, se declare responsable a la Nación - Ministerio de Defensa, de las lesiones ocasionadas a la menor Nelly Gómez Cano ocurrida en los trágicos hechos suscitados el 29 de mayo de 1988 en el lugar conocido como Llana Caliente de la jurisdicción de San Vicente de Chucurí del Departamento de Santander, cuando un grupo de campesinos marchaban hacia la ciudad de Bucaramanga a fin de entrevistarse con las autoridades departamentales.

“Antes que todo y dado el cuestionamiento de que fuere objeto el libelo por parte de la entidad demandada, quien no dudó en calificarla de inepta por no hallarse debidamente precisado el órgano estatal que debe comparecer en defensa dentro del proceso, esta Corporación, interpretando la demanda, la entendió dirigida contra la Nación - Ejército Nacional - Ministerio de Defensa, tal como quedara advertido en el auto admisorio del 5 de junio de 1990 (fl. 22, cdno. No. 1). A este respecto tuvo oportunidad de pronunciarse la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente número 4983, Diccionario Jurídico, T. IX, p. 459, cuando con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, dijo: ‘Aunque la parte introductoria de la demanda habla solo de la Nación como parte demandada, sin precisar los organismos de la misma que intervinieron en la ejecución de los hechos, ello no constituye ineptitud porque la interpretación armónica y de conjunto del libelo esclarece este extremo...’ Y ello fue en verdad, lo que aconteció en el caso de autos.

SECCION TERCERA

“En el estado actual del derecho, teniendo en cuenta como fundamento tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales, nadie duda en cuestionar que cuando el ente estatal en ejercicio de sus funciones lesiona los derechos de sus asociados en razón de una falla del servicio, debe ser impelido a resarcirlos con lo que de contera, se asegura la pacífica y tranquila convivencia en comunidad lo que se erige en causa y origen de la teoría de la responsabilidad extracontractual, cuya conformación lógrase con la convergencia de sus elementos componentes, a saber: la existencia o materialidad de un hecho: la falla del servicio como resultado de la omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; el daño y, claro está, la relación de inferencia o de causalidad entre la falla del servicio y el perjuicio irrogado que permita concluir en forma objetiva, que el daño fue una consecuencia cierta e inevitable del hecho enrostrado a la administración, con exclusión de una cualquiera de las causales de exoneración.

“Así las cosas, correspóndele a la Sala adentrarse en el estudio de los elementos de convicción aportados al expediente para constatar si en verdad los requisitos axiológicos antes referidos se hallan o no estructurados en el caso *sub lite*.

“1. *El hecho*

“Se invoca como causa del daño sufrido, en el caso que estudia la Corporación, las heridas sufridas por la menor Nelly Gómez Cano, demostradas objetivamente a través de la prueba que a continuación se relaciona:

“a) Resumen de la historia médica 341342 del Hospital Universitario Ramón González Valencia, según la cual la paciente sufrió herida penetrante y perforante abdominal por arma de fuego. Estallido renal izquierdo y perforación del yeyuno (fl. 66, cdno. ppal.); b) dictamen médico-laboral M-006, según el cual Nelly Gómez Cano sufrió accidente el 29 de mayo de 1988, recibiendo herida por proyectil de arma de fuego, con orificio de entrada en región lumbar izquierdo. La lesión en el órgano funcional de la excreción y que condujo a su extirpación, produce una lesión de tipo permanente que de acuerdo al C.S.T., artículo 209, reformado por el Decreto 776 de 1987, numeral 330 produce una incapacidad funcional del 35% equivalente a una indemnización de ocho meses de salario que la afectada devengaba al momento de recibir la lesión (fl. 159, *ibidem*).

“En orden a esclarecer las circunstancias que rodearon los hechos, a fin de poder determinar la responsabilidad de la entidad demandada procede la Sala seguidamente a analizar la prueba trasladada y allegada a este proceso así:

“a) Denuncia instaurada por los delegados de las marchas campesinas del Nororiente colombiano (fl. 29, cdno. 4);

“b) Testimonio rendido por la testigo y víctima de los hechos Nelly Gómez Cano ante los funcionarios instructores de la Procuraduría General (fl. 74, cdno. 2). Refiere que reside con su familia en la vereda El Toboso y que fueron invitados a participar en la marcha para protestar por el derecho a la vida y demás derechos humanos. El día anterior a los sucesos salieron de la vereda treinta (30) personas aproximadamente para reunirse con todos los que estaban en Llana Caliente, agrupándose entre niños, jóvenes, mujeres y ancianos como unas ocho mil (8.000) personas. Dormían encima de buses, camiones y volquetas y se alimentaban con carne, yuca y plátano. Ese domingo 29 de mayo a la 3 de la tarde, hallándose dentro de un bus, escuchó varios disparos en la Base Militar, motivo por el cual se tiró boca abajo en el piso y fue entonces cuando sintió un disparo sobre la lata del bus, recibiendo ella inmediatamente el impacto del proyectil en el costado izquierdo arriba de la cintura. Al gritar que estaba herida, un muchacho la arrastró a la parte de atrás del bus, después llegó una enfermera quien le aplicó una inyección para el dolor; posteriormente la trasladaron en compañía de otros lesionados, primero al Hospital de San Vicente y luego al Hospital Ramón González Valencia en la ciudad de Bucaramanga donde permaneció once (11) días, habiendo sido intervenida quirúrgicamente para extraerle su riñón izquierdo y parte del intestino delgado;

“c) Informe evaluativo rendido al Viceprocurador General de la Nación como resultado del diligenciamiento preliminar tramitado por la queja instaurada por los delegados de las marchas campesinas contra miembros del Ejército Nacional, en el que se arribó a las siguientes conclusiones: “...se colige que en los hechos en que resultaron muertos cuatro militares y los nueve civiles; heridos siete militares y veintiséis civiles, el 29 de mayo de 1988 en la Vereda ‘Llana Caliente’ del Municipio de San Vicente de Chucurí, con ocasión de las marchas campesinas del nororiente colombiano, fueron protagonizados inicialmente por el sujeto Luis Enrique Sánchez, al parecer desertor de la guerrilla, conocido con el apodo de ‘Comandante Camilo’ y a quien tenía como informante y escolta el Comandante del Batallón Luciano D’lhuyer, Teniente Coronel Rogelio Correa Campos, en momentos que éste se dirigía a la multitud de marchistas en número aproximado de 8.000 personas, le disparó por la espalda, lo mismo que al Capitán S-2 de la mencionada Unidad Carlos Alfonso Morales del Río, al soldado José de Jesús Suárez Acevedo, e hirió mortalmente al Cabo Primero Pedro Beltrán Coronado, quien poste-

SECCION TERCERA

riormente falleció en Bucaramanga, dando como resultado que otros militares dieran de baja al sujeto escolta que lucía uniforme camuflaje;

“d) Oficio de julio 2 de 1988 del Alcalde y Personero Municipal de San Vicente, informando la relación de los heridos de la tragedia ocurrida en Llana Caliente el día 29 de mayo de 1988, encontrándose entre ellos, Nelly Gómez Cano (fls. 122-123);

“e) Informe rendido al Juez 7 y 21 de Instrucción Criminal de San Vicente de Chucurí por parte de los agentes investigadores del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, quienes conceptuaron:

“De acuerdo con todas las indagaciones y declaraciones obtenidas de personas que se encontraban en el teatro de los acontecimientos, se pudo establecer que los militares fueron muertos por el amnistiado de nombre Luis Uribe Suárez (Alias) Comandante Camilo ya que todos ellos recibieron los tiros de la parte de atrás o sea por la espalda, lo cual se puede apreciar detalladamente en los resultados de la necropsia... Los civiles muertos y heridos los presentan en diferentes partes del cuerpo (sic). Se destaca la necropsia de (alias) Camilo la cual presentó aproximadamente 25 impactos de arma de fuego por lo que se determinó que este fue muerto por los militares al no acatar la orden dada por éstos, de que soltara o entregara el arma después de que éste disparara al Coronel, el Capitán, el cabo y el soldado” (fl. 234, cdno. 2);

“f) Versiones reunidas ante el Despacho de los Juzgados 7 y 21 de Instrucción Criminal (Unidad Móvil de Investigación, según Resolución número 383 de mayo 30 de 1988), por los siguientes declarantes: Josué Gómez Ardila (fl. 90, cdno. 2), Salomón Granados (fl. 92, cdno. 2), doctor Ancízar de Jesús Salazar (fl. 103, cdno. 2), Gustavo Luna (fl. 117, cdno. 2), Carlos Rugeles (fl. 215, cdno. 2), Rosalba Rodríguez de Bohórquez Hernández (fl. 282, cdno. 2), Ismael Silva (fl. 11, cdno. 3), Guillermo Bohórquez Hernández (fl. 12, cdno. 3), Luis Antonio Amado (fl. 16, cdno. 3), Alvaro Pico Gómez (fl. 165, cdno. 3), Luis Francisco Osorio Moreno, (fl. 248, cdno. 3), doctor Hernán Ovando Saavedra, ex Alcalde Municipal de San Vicente (fl. 54, cdno. 3), José Ignacio Acevedo Castellanos (fl. 159, cdno. 3), Luis Francisco Osorio Moreno (fl. 248, cdno. 3), Gustavo Carreño Sandoval (fl. 273), quienes son contestes en aseverar que los campesinos no portaban armas de fuego, solo llevaban consigo machetes para abastecerse de lo necesario para la preparación de sus alimentos.

“Obran igualmente, los testimonios de Carlos Tavera Arias (fl. 275, cdno. 3), Leonidas Gómez Muñoz (fl. 280 vto., cdno. 3), Alfonso López León

(fl. 283, cdno. 3) y Hernando Jiménez Cala (fl. 286, cdno. 3), entre otros, los que al unísono refieren que los primeros disparos se produjeron en la parte alta de la Base donde estaban los integrantes del Batallón de Infantería, sin haber observado a ninguno de los marchantes disparar en contra de los militares;

“g) De otra parte, se allegaron las declaraciones del Cabo Durán Cruz Alveiro (fl. 173, cdno. 3), los soldados Pedro Jesús Vargas (fl. 177, cdno. 3) y Eliécer Suárez Delgado (fl. 181, cdno. 3) los que en forma unánime relatan que los primeros disparos provenían de la parte de abajo donde estaban los de la marcha campesina, coincidieron todos en endilgarle a éstos la autoría de la muerte de los militares. Del mismo modo aceptaron que después escucharon disparos en todas las direcciones, ya que las tropas reaccionaron en forma inmediata.

“Los corrobora el conductor de la Personería Municipal de San Vicente, Carlos Arturo Vargas Rivero (fl. 233, cdno. 3), cuando atestigua haberse enterado que efectivamente los campesinos portaron armas y que de allí dispararon hacia la Base, motivo por el cual el Ejército comenzó a dispararles, originándose así los hechos con los resultados conocidos.

“En resumen, para la Sala la prueba que se deja transcrita en lo sustancial, demuestra los siguientes hechos:

“1. La realización de la marcha campesina del Nororiente colombiano llevada a cabo en el mes de mayo de 1988, donde participó un número aproximado de 8.000 personas, entre ellas, Nelly Gómez Cano, cuyo objetivo era llegar hasta esta ciudad a fin de elevar protestas y peticiones a las autoridades.

“2. La presencia, sin absoluta claridad y certeza, de un sujeto desertor de la guerrilla apodado ‘Camilo’ a quien el comandante, Coronel Rogelio Correa Campos, lo había incorporado a las tropas como informante y que el día de los hechos vestía prendas militares, fue el que disparó al coronel y demás militares, lo que originó la reacción de la tropa.

“3. La conducta imprudente de los uniformados al disparar sus armas de dotación oficial en forma indiscriminada contra la multitud de marchistas, resultando ser los autores materiales de varios muertos y heridos como Nelly Gómez Cano, la que fue alcanzada por uno de los proyectiles.

“4. La relación de causalidad entre el hecho de la administración y las lesiones de la menor.

SECCION TERCERA

“5. Aceptando que se presentó un intercambio de disparos entre guerrilleros y miembros del Ejército, que según afirmación de éstos, se hallaban infiltrados en la marcha campesina, las lesiones ocasionadas a Nelly Gómez Cano no pudieron ser causadas por aquellos, dada la posición en que estaban unos y otros. Recuérdese que la víctima hallábase dentro de un bus descansando y de este lugar nadie disparó.

“II. *Falla del servicio - daño especial*

“Fijada la realidad procesal, procede la Sala a evaluar jurídicamente el caso, con apoyo en las teorías elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, aspirando no solo a obtener decisiones judiciales equitativas, sino también para unificarlas en torno a ciertas directrices comunes.

“En el caso *sub judice* en principio parece estructurarse la teoría de la falla del servicio por la conducta irregular y violatoria de uno de los miembros de las fuerzas militares, como fue la del Coronel Comandante Rogelio Correa Campos, quien también resultó muerto el día de los luctuosos acontecimientos, al permitirle portar armas y prendas militares a un supuesto desertor de un grupo subversivo, apodado ‘Camilo’, que se desempeñaba como su escolta e informante.

“Tal circunstancia, si bien no constituye una verdad incontrovertible por ausencia de plena prueba, lo cierto es que el Ejército disparó en forma imprudente, sin precaución alguna contra la concurrencia de personas reunidas, como ya se dijo, en el sitio Llana Caliente, Jurisdicción del Municipio de San Vicente, debido a que miembros del Batallón Luciano D’lhuyer habían bloqueado el paso de aquellos.

“Dicho proceder podría implicar, de igual modo, la verificación de la culpa de la administración por deficiencia en el cumplimiento del servicio a cargo de la entidad demandada, como es la de protección de la vida, honra y bienes de los particulares. La integridad personal es un derecho jurídicamente tutelado y el Estado tiene la obligación de brindarle protección.

“No cabe duda, entonces, que a los organismos de seguridad del Estado a quienes se les ha asignado una labor de claro contenido preventivo, deben obrar con suma prudencia y mesura, evitando en lo posible causar daño a las personas, pues su labor debe ser ante todo reflexiva y jamás actuar con ligereza, desmesurada o arbitrariedad, de tal modo que su conducta se confunda con la de los delincuentes.

“Empero, dada la complejidad de la prueba obrante en el plenario no puede descartarse la posibilidad de la agresión en contra del Ejército, según

los testimonios del Cabo Durán Cruz Alveiro (fl. 173, cdno. 3), y los soldados Pedro Jesús Vargas (fl. 173, cdno. 3) y Eliécer Suárez Delgado (fl. 181, cdno. 3).

“Para estas situaciones la jurisprudencia ha establecido regímenes denominados objetivos, que buscan la prevalencia de la igualdad y equilibrio frente a las cargas públicas, donde ya no cuenta la falla del servicio, porque la administración acorde a la teoría del daño especial, sin evaluar los conceptos de licitud o ilicitud de los hechos, compromete su responsabilidad patrimonial cuando en ejercicio de su competencia y obrando dentro de los límites de sus funciones legales y constitucionales, con su actuación causa perjuicios de naturaleza especial y anormal al administrado. Daño que excede la capacidad de soporte a que está obligado todo ciudadano por el bien colectivo.

“Esta filosofía se ha concretado en reiterados fallos del honorable Consejo de Estado. Así en sentencia del 11 de abril de 1978 con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, se puntualizó:

“El principio de igualdad frente a las cargas públicas, que es desarrollado del principio de igualdad frente a la ley, es hoy fundamental en el derecho constitucional de los pueblos civilizados, como principio general de derecho que es. Por lo tanto, como lo dice Aguilar Díaz en su ‘Tratado de la Responsabilidad Civil’ ‘siempre que un individuo sea perjudicado en sus derechos como condición o necesidad del bien común, síguese que los efectos de la lesión o las cargas de su reparación deben ser repartidas entre toda la colectividad, esto es, satisfechos por el Estado, a fin de que de este modo se restablezca el equilibrio de la justicia conmutativa”.

“No sería equitativo que el Estado, en casos como el enunciado y en otros similares, exigiera a unos un sacrificio mayor al exigido a otras personas que se encuentran en la misma situación y para su provecho. Repugna la idea de justicia distributiva que el Estado actuando en nombre y para la comunidad pudiera exigir el sacrificio de una o de algunas personas, sin la adecuada reparación, para proporcionar a todos los demás los beneficios resultantes de ese sacrificio.

“La tesis así esbozada ha sido sostenida por esta Corporación en múltiples fallos. En estos, con fundamento en la doctrina extranjera (Juez Aguilar Díaz, Hauriou, etc.), se le dio entrada a esta posición doctrinaria”.

“En fallo reciente, al referirse también la máxima Corporación Administrativa al daño especial como justificante de la responsabilidad, dijo: ‘la existencia del Estado y su funcionamiento implica incomodidad o inconvenien-

SECCION TERCERA

tes para los asociados que estos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebra esa igualdad, aún por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerlo, resarcando los perjuicios que de tal manera hayan podido causarse, porque la equidad se impone”.

(Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XVIII, sentencia del 20 de febrero de 1989 honorable Consejero Ponente: doctor *Antonio José de Irisarri*).

“Vistas así las cosas, podrá aplicarse con mayor precisión, en el evento que ocupa la atención de la Corporación, la teoría antes mencionada del daño especial o sin falta, porque es indiscutible que el Ejército en el lugar de los acontecimientos, disparó hacia donde se encontraban las personas que participaban en la marcha campesina del Nororiente colombiano, resultando afectadas personas inocentes y ajenas a la causa que le dio origen, como fue el presumible ataque en contra de la fuerza pública. En tales condiciones no es justo y equitativo que la víctima Nelly Gómez Cano, quien no se colocó fuera de la legalidad, habida consideración que no provocó en modo alguno el hecho trágico, como tampoco incurrió en culpa o negligencia, corra con la carga pública constituida por la acción desplegada por los organismos de seguridad y que rebasó el sacrificio racional o normal a que deben estar sometidos los ciudadanos.

“Así mismo, puede sustentarse el caso *sub lite* en la tesis de la ‘lesión’, en la que se mira más el perjuicio o daño sufrido por la víctima que la conducta de la administración, acorde o no a los mandatos del servicio público, acogida en la Constitución Nacional vigente, en su artículo 90 que a la letra reza:

“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

“Al respecto la máxima Corporación Administrativa, en fallo de octubre 31 de 1991, con ponencia del doctor Julio César Uribe Acosta, expresó: ‘Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de daños antijurídicos’, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para Leguina, ‘...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligado por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica’ (Cita de J. M. de la Cuétara. La actividad misma de la administración. Tecnos, p. 554).

“Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna objetiva, pues como lo enseña este último tratadista, ‘...no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial’.

“En consecuencia, infiriéndose que el daño antijurídico es imputable al Ejército por su actuación, viola el principio de igualdad de todos ante la ley (art. 13 de la C. N.), constituyendo el fundamento mediato y directo para declarar la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado.

“III. *El daño*

“Es indiscutible que la lesión sufrida por Nelly Gómez Cano, le causó un daño no sólo en su integridad personal, sino también de orden patrimonial por los gastos económicos que debió sufragar para su recuperación. Sin embargo, la Sala advierte que no existen bases suficientes para condenar en concreto el pago de perjuicios materiales por el daño emergente, porque a pesar de que estos debieron causarse por cuanto la menor fue intervenida quirúrgicamente como lo reseña la Historia Clínica expedida por el Hospital Ramón González Valencia (f1. 66), desafortunadamente en el proceso no se aportaron pruebas al menos sumaria, esto es, recibos de pagos, fórmulas médicas o afirmaciones de testigos que permitan deducirlos ya sea para una condena *in genere* o de regulación posterior.

“En esta materia, nada se puede presumir, pues como lo tiene dicho la honorable Corte Suprema de Justicia “...esa mera posibilidad conjetural, aún teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso que se ha causado el perjuicio. Este debe demostrarse como un hecho efectivo, ya que una mera conjetura no basta para fundamentar legalmente una sentencia’ (Sentencia febrero 12 de 1944, Mag. ponente, Dr. Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial. Tomos Nros. 2006-2015, p. 50).

“Habrá lugar sí a condenar a la demandada al pago de perjuicios por lucro cesante en razón a que la afectada debido a las lesiones causadas resultó con una lesión orgánica de tipo permanente que le acarrea una reducción en su capacidad laboral equivalente al treinta y cinco por ciento (35%), según lo certifica el dictamen médico laboral M-006, obrante al folio 159 del expedien-

SECCION TERCERA

te principal; el reconocimiento y pago de estos perjuicios cubrirá o comprenderá la indemnización vencida y consolidada y la indemnización futura o anticipada, abarcando la primera el período que media entre la fecha de los hechos y la de esta sentencia y la segunda desde la sentencia hasta la esperanza de vida de la afectada.

“En cuanto al salario base para la liquidación, se tiene que no se demostró el monto devengado, por lo que habrá de acudirse a la presunción de que recibía ingresos equivalentes al salario mínimo vigente para la época de los acontecimientos: ahora, la indemnización cubrirá el 35% que es la incapacidad con que queda de por vida la afectada; se hará la correspondiente indexación porque así lo solicita la demanda” (fls. 178-191, C. 1).

II. VISTA FISCAL

A folios 202 y siguientes del Cuaderno número 1, obra el escrito en que el Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado, hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender al fallo, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

“En el proceso se encuentra demostrado:

“a) Que el día 29 de mayo de 1988 se cumplía una movilización campesina que de Barrancabermeja se dirigía a Bucaramanga;

“b) Que, en el sitio denominado Llana Caliente, los campesinos fueron controlados por efectivos del Ejército Nacional y obligados a acampar;

“c) Que, en medio de las protestas de los campesinos, un ex guerrillero apodado ‘Camilo’, que vestía prendas militares y que servía como escolta del Comandante de los uniformados, disparó contra éste y contra los miembros de la tropa;

“d) Que ante la confusión, los soldados dispararon contra los campesinos causando la muerte de varios civiles y heridas de gravedad a la menor Nelly Gómez Cano.

“La abundante prueba testimonial que obra en el informativo coincide en corroborar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos trágicos.

“Como consecuencia de la reacción de la tropa, la niña Nelly Gómez, recibió un disparo y hubo de ser intervenida quirúrgicamente para extraerle el riñón izquierdo y parte del intestino delgado (fl. 66, cdno. ppal.), lo que le produjo una incapacidad funcional del 35% (fl. 159, C. ppal.).

“Aunque el *a quo* le aplicó al caso la teoría del daño especial que busca la prevaencia de la igualdad y el equilibrio frente a los cargos públicos, estima este Despacho que dadas las modalidades del hecho dañoso, éste se puede manejar desde la perspectiva de la falla presunta del servicio, habida consideración de que se utilizaron armas de dotación oficial accionadas por efectivos del Ejército Nacional.

“De todos modos hubo una conducta irregular e imprudente por parte de los uniformados, generadora de un daño antijurídico, que compromete la responsabilidad de la administración y que la obliga a resarcir los daños y perjuicios causados a la menor Nelly Gómez Cano.

“Por lo expuesto, esta delegada sugiere a la honorable Sala, respetuosamente, la confirmación del fallo consultado” (fls. 203-205, C. 1).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La Sala confirmará la sentencia impugnada, aunque haciéndole algunos ajustes de universo económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub examine* se vivencia la falla del servicio. El *ad quem* hace suya la valoración probatoria que hizo el tribunal cuando llega a la conclusión de que fue la conducta imprudente de los uniformados, quienes al disparar sus armas de dotación oficial, en forma indiscriminada, contra la multitud de marchistas, precipitó la tragedia. Esta verdad encuentra respaldo en los considerandos que la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas, hizo en la providencia calendada el día cuatro (4) de agosto de 1989, por medio de la cual decidió abstenerse de proseguir la investigación por los insucesos ocurridos el día 29 de mayo de 1989, en ‘Llana Caliente’, Municipio de San Vicente de Chucurí, por las razones que se indican en dicho proveído. En lo sustancial de éste se lee:

“Respecto de las acusaciones contra miembros del Ejército Nacional, evidencian las declaraciones juradas que en número indeterminado de personas, entre tres mil a ocho mil, pues el número exacto no se concretó, participaba en las denominadas marchas campesinas, cuyo objetivo era llegar hasta la ciudad de Bucaramanga a fin de elevar su protesta y peticiones; y dicha concentración humana según autos fue detenida en su marcha en el punto denominado ‘La Llana’ jurisdicción de San Vicente de Chucurí, por el entonces comandante del Batallón Luciano D’huyar, quien con tropa a su cargo bloqueaba el paso; sin embargo, no hay claridad en los autos sobre la autoría o responsabilidad individual en la

SECCION TERCERA

masacre, pues no de otra forma puede calificarse, la muerte de 4 militares y 9 civiles; 7 militares y 26 civiles heridos. Milita en autos y sin absoluta claridad que un individuo desertor de la guerrilla, apodado 'Camilo' a quien el entonces Comandante del Batallón Luciano D'Huyar, Coronel Rogelio Correa Campos (q.e.p.d), había incorporado a las tropas como informante y que el día de los hechos, mayo 29/88 vestía prendas militares, fue quien disparó al Coronel Comandante de la Unidad, luego de lo cual la tropa habría disparado indiscriminadamente con el saldo de personas afectadas en su integridad física citado, tanto de civiles como de militares.

"Dicha conclusión a la cual llegó la comisión investigadora de la Viceprocuraduría, en informe obrante a folios 78 y siguientes del cuaderno principal, es compartida por este Despacho, toda vez que así lo señalan Lucía Gómez de Martínez y Salomón Gómez (fls. 274 a 276); Evelio Chacón Chacón (fl. 258 vto), Saúl Osorio Bautista (fl. 281) 'El mismo guardaespaldas de él', refiriéndose a Correa Campos y José Mayorga Mojica afirmó que el protagonista de los insucesos 'estaba vestido de soldado' (fl. 333).

"Ello así, para el Despacho es claro que el responsable de la acción irregular y violatoria del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, consistente en permitir portar armas y prendas militares e integrar a las filas del Ejército al supuesto desertor, lo sería el Coronel Comandante de la Unidad quien también resultó muerto en dicha concentración campesina, al parecer tratando de disuadir a los campesinos para que continuaran la marcha; sin embargo, en el plenario, habrá de decretarse la extinción de la acción disciplinaria por muerte del funcionario sujeto de vigilancia de la Procuraduría, en concordancia con el artículo 76 del Código Penal. La responsabilidad individual en el punible corresponde determinarla a la justicia ordinaria, pues milita la duda si entre los marchistas había gente armada o no; al respecto la versión de miembros del Ejército es 'que los causantes fueron los guerrilleros que se encontraban infiltrados en la marcha de campesinos', amén de que los miembros del Ejército salieron seriamente perjudicados en los luctuosos hechos y carece de lógica que se dispare contra las propias tropas. En criterio del Despacho, respecto de la responsabilidad disciplinaria del Ejército no es posible continuar la averiguación por muerte' (fls. 100, 101, 104 y 105)" (fls. 74-76).

Para el *ad quem* resulta incontrovertible que la demandante Nelly Gómez Cano fue herida cuando formaba parte del grupo de protesta campesina, pero es lo cierto que no se probó que ella hubiese realizado alguna conducta

antijurídica. Recuérdese que fue lesionada cuando estaba descansando dentro de un bus, como bien lo recuerda el sentenciador de instancia (C. No. 1, fl. 14).

Para casos como el presente la Sala recuerda que en un régimen democrático es normal que los ciudadanos exterioricen sus inconformidades desfilando, protestando, gritando, etc. La democracia, como lo recuerda Norberto Bobbio, se funda no sobre el consenso, sino sobre el disenso. Solo allí donde éste es libre de manifestarse, es real, y solo allí donde es real, el sistema puede considerarse, con todo derecho, como democrático. Por ello se enseña que existe una relación necesaria entre democracia y disenso.

La anterior verdad demanda que la autoridad policiva esté preparada para mantener el orden pero siempre respetando los derechos más caros a la persona humana, entre ellos el de su dignidad y el espacio de libertad que requiere la protesta misma. Por ello se enseña hoy que respecto de los derechos del hombre el problema grave de nuestro tiempo no es el de fundamentarlos sino el de protegerlos.

Por todo lo que se deja expuesto, la Sala no vacila en concluir que en el caso *sub examine* hubo una falla del servicio, pues este funcionó anormalmente. Por ello la administración debe responder e indemnizar los perjuicios causados.

B. La Sala confirmará la condena que por perjuicios Morales hizo el tribunal en favor de Nelly Gómez Cano, por mil gramos de oro fino (1.000) y la que se dispuso en beneficio de Felisa Cano de Gómez (madre), quien demostró estar legitimada por activa.

Modificará, en cambio, la condena que por perjuicios materiales se hizo a favor de Nelly Gómez Cano, pues ésta, en el momento de ser herida, no estaba autorizada por la ley para celebrar contratos de trabajo. Esta verdad jurídica lleva al sentenciador a liquidar el monto de la condena sólo a partir del momento en que fuera plenamente capaz, esto es, cuando hubiese cumplido dieciocho (18) años.

Dentro del marco anterior se tiene:

Se calcula la indemnización futura desde la edad de 18 años, con base en los siguientes datos:

Fecha de nacimiento: septiembre 14 de 1975.

Fecha en que cumple 18 años: septiembre 14 de 1993.

Porcentaje de incapacidad: 35%.

SECCION TERCERA

35% del salario mínimo correspondiente al año de 1993: \$28.528.50.

Tiempo de vida aprobable: 60.12 (fls. 69, C. 1).

(Se calcula desde los 18 años).

Se aplica la fórmula dada por la Jurisprudencia para calcular el período futuro, que corresponde a:

$$S = Ra (1 + i)^n - 1$$

$$i(1+i)^n$$

en donde,

Ra = \$28.528.50 (35% de salario mínimo).

i = interés técnico que corresponde a 0.004867 mensuales.

n = 721.92, es decir el período de vida probable de la menor.

Reemplazando en la fórmula tenemos:

$$S = \$28.528.5 (1 + 0.004867)^{721.92} - 1$$

$$\frac{0.004867 (1 + 0.004867)^{721.92}}{0.004867 (1 + 0.004867)^{721.92} - 1}$$

$$S = \$28.528.50 \cdot 32.28350649$$

$$\frac{0.16199826}{0.16199826}$$

$$S = \$5.635.246.34.$$

Así las cosas, la Nación - Ministerio de Defensa será condenada a pagar a Nelly Gómez Cano, por concepto de perjuicios materiales, la suma de cinco millones seiscientos ochenta y cinco mil doscientos cuarenta y seis pesos con treinta y cuatro centavos (\$5.685.246.34) moneda corriente.

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

FALLA:

1. Confírmense los numerales primero (1º), tercero (3º), cuarto (4º) y quinto (5º) de la sentencia calendada el día veintiséis (26) de agosto de mil

novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso del rubro.

2. Revócase el numeral segundo (2º) de la misma sentencia, el cual quedará así:

2. Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa- a pagar a Nelly Gómez Cano, por concepto de perjuicios materiales, la suma de cinco millones seiscientos ochenta y cinco mil doscientos cuarenta y seis pesos con treinta y cuatro centavos (\$5.685.246.34).

3. Expídanse las copias de la sentencia con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/CADUCIDAD/TRANSITO DE LEGISLACION

No se ve justificación alguna para que, en materia contractual puedan coexistir dos términos de caducidad paralelos: el uno anterior y posterior el otro a la expedición del C. C. A. (D. 01/84); por el contrario, la aplicación inmediata de los preceptos procesales determina que, para las acciones relativas a contratos cuyos hechos ocurrieron antes del 1º de marzo de 1984, es ésta la fecha que marca el comienzo del término de caducidad previsto por la ley en dos años. La circunstancia de haber admitido la demanda pese a que el problema de la caducidad apareció planteado desde ese momento inicial del proceso, no tiene significación distinta de dar la oportunidad al debate cuando quiera que los elementos de hecho o de derecho constitutivas del fenómeno, no aparece, de entrada, con la claridad necesaria para inadmitir la demanda; en otros términos, las precisiones iniciales no impiden que el juzgador, en el momento del fallo, con mejores herramientas fácticas y jurídicas, reestudie el asunto y decida en consecuencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 5751.

Actor: Sociedad Arinco S. A.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 24 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Tolima, por virtud de la cual decidió:

“1. Declarar probada la excepción de caducidad de la acción.

“2. En consecuencia se *deniegan* las pretensiones de la demanda.

“3. Costas a cargo de la parte actora” (fl. 441, C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 22 de marzo de 1986, por intermedio de apoderado judicial, la Sociedad Arinco Ltda. formuló demanda en contra del Fondo Vial Nacional con el objeto de satisfacer estas pretensiones:

“1. Se condene al Fondo Vial Nacional a pagar a la sociedad que represento la suma de \$13.332.677.18 que le adeuda por valor del reajuste por mora en el pago de las actas de obra ejecutadas números 1 de fecha 21 de marzo de 1978 por valor de \$63.086.29; 3 de fecha 17 de mayo de 1978 por valor de \$66.926.65; 4 de fecha 14 de junio de 1978 por valor de \$82.535.93; 6A de fecha 24 de septiembre de 1978 por valor de \$457.071.21; 7 de fecha 20 de septiembre de 1978 por valor de \$222.292.44; 7A de fecha 5 de octubre de 1978 por valor de \$109.830.99; 11 de fecha 29 de enero de 1979 por valor de \$328.862.22; 12 de fecha 5 de marzo de 1979 por valor de \$454.307.51; 13 de fecha 22 de marzo de 1979, por valor de \$351.901.11; 14 de fecha 28 de abril de 1979 por valor de \$653.078.34; 15 de fecha 5 de junio de 1979 por valor de \$707.469.45; 16 de fecha 25 de junio de 1979 por valor de \$745.912.06; 17 de fecha 11 de julio de 1979, por valor de \$564.571.67; 18 de fecha 13 de agosto de 1979 por valor de \$377.949.38; 19 de fecha 12 de septiembre de 1979, por valor de \$450.732.36; 20 de fecha 9 de noviembre de 1979 por valor de \$500.285.07; 21 de fecha 21 de noviembre de 1979 por valor de \$232.618.17; 21A de fecha 29 de noviembre de 1979, por valor de \$149.415.83; 22 de fecha 11 de diciembre de 1979, por valor de \$231.571.68; 23 de fecha 21 de enero de 1980 por valor de \$209.807.51; 25 de fecha 11 de abril de 1980 por valor de \$421.550.29; 26 de fecha 18 de abril de 1980 por valor de \$555.462.92; 27 de fecha 7 de julio de 1980 por valor de \$194.347.15; 27A de fecha 14 de julio de 1980, por valor de \$468.186.25; 30 de fecha 21 de noviembre de 1980, por valor de \$2.141.325.45; 31 de fecha 7 de noviembre de 1980, por valor de \$49.628.41; 32 de fecha 31 de diciembre de 1980, por valor de \$499.757.10; 33 de fecha 27 de enero de 1981 por valor de \$488.551.85; 34 de fecha 26 de febrero de 1981, por valor de \$509.830.35; 35 de fecha 3 de agosto de 1981, por valor de \$133.729.03; 36 de fecha 3 de agosto de 1981, por valor de \$90.585.53; 44 de fecha 2 de diciembre de 1981, por valor de \$293.994.70; 45 de fecha 12 de enero de 1982, por valor de \$25.502.34, de conformidad con el Contrato número 529 de fecha 21 de octubre de 1977 y sus adicionales números 384/79, 195/80, 893/80, 127/81, 295/81, 520/81 y 823/81, suscritos entre aquella entidad y Arinco Ltda., hoy Arinco S.A.; suma ésta que

SECCION TERCERA

debe actualizarse teniendo en cuenta la desvalorización monetaria desde el día en que han debido hacerse los pagos hasta el día en que estos pagos se verifiquen.

“2. Se condene al Fondo Vial Nacional a pagar a la misma sociedad, además, los intereses comerciales moratorios desde las fechas en que han debido hacerse los pagos hasta cuando éstos se realicen, los cuales deben actualizarse teniendo en cuenta la desvalorización monetaria desde aquellas fechas hasta el día en que se verifique su pago.

“3. Se condene al Fondo Vial Nacional a pagar a la sociedad que represento los intereses moratorios por la mora en que incurrió aquel en el pago de las actas de ajuste a que se refieren los hechos 46 y 48 de esta demanda, cuyo valor debe actualizarse teniendo en cuenta la desvalorización monetaria desde el día en que ha debido hacerse el pago de cada una de dichas actas, hasta el día en que se verifique su pago.

“4. En subsidio a la petición señalada en el numeral 1º anterior, que se condene al Fondo Vial Nacional a pagar a la sociedad que represento, la suma de \$10.700.791.68, que le adeuda por valor del reajuste por mora en el pago, si fuere aplicable el Decreto 808/79, de las actas de obra ejecutadas números 1 de fecha 21 de marzo de 1978, por valor de \$29.850.45; 3 de fecha 17 de mayo de 1978, por valor de \$57.171.22; 4 de fecha 14 de junio de 1978, por valor de \$53.625.36; 6A de fecha 24 de septiembre de 1978, por valor de \$319.019.71; 7 de fecha 20 de septiembre de 1978, por valor de \$145.009.71; 7A de fecha 5 de octubre de 1978, por valor de \$72.475.91; 11 de fecha 29 de enero de 1979, por valor de \$233.319.44; 12 de fecha 5 de marzo de 1979, por valor de \$387.042.13; 13 de fecha 22 de marzo de 1979, por valor de \$213.449.37; 14 de fecha 28 de abril de 1979, por valor de \$447.165.41; 15 de fecha 5 de junio de 1979, por valor de \$627.285.70; 16 de fecha 25 de julio de 1979, por valor de \$591.608.78; 17 de fecha 11 de julio de 1979, por valor de \$437.486.15; 18 de fecha 13 de agosto de 1979, por valor de \$247.939.53; 19 de fecha 12 de septiembre de 1979, por valor de \$341.715.44; 20 de fecha 9 de noviembre de 1979 por valor de \$372.735.82; 21 de fecha 21 de noviembre de 1979, por valor de \$160.041.01; 21A de fecha 29 de noviembre de 1979, por valor de \$112.448.13; 22 de fecha 11 de diciembre de 1979, por valor de \$153.219.35; 23 de fecha 21 de enero de 1980, por valor de \$111.061.92; 25 de fecha 11 de abril de 1980, por valor de \$360.077.64; 26 de fecha 18 de abril de 1980, por valor de \$466.885.34; 27 de fecha 7 de julio de 1980, por valor de \$67.457.28; 27A de fecha 14 de julio de 1980, por valor de \$343.701.21; 30 de fecha 21 de noviembre de

1980, por valor de \$2.075.274.97; 31 de fecha 7 de noviembre de 1980, por valor de \$461.023.35; 32 de fecha 31 de diciembre de 1980, por valor de \$457.994.61; 33 de fecha 27 de enero de 1981, por valor de \$447.799.07; 34 de fecha 16 de febrero de 1981, por valor de \$465.647.62; 35 de fecha 3 de agosto de 1981, por valor de \$119.795.59; 36 de fecha 3 de agosto de 1981, por valor de \$79.697.62; 44 de fecha 2 de diciembre de 1981, por valor de \$222.891.00; 45 de fecha 12 de enero de 1982, por valor de \$18.877.84; de conformidad con el Contrato número 529 de fecha 21 de octubre de 1977 y sus adicionales números 384/79, 195/80, 893/80, 127/81, 295/81, 520/81 y 823/81 suscritos entre aquella entidad y Arinco Ltda., hoy Arinco S. A.; suma ésta que debe actualizarse teniendo en cuenta la desvalorización monetaria desde el día en que ha debido hacerse los pagos hasta el día en que éstos se verifiquen.

“5. Que se condene, como consecuencia de la petición subsidiaria a que se refiere el numeral 4º anterior, al Fondo Vial Nacional a pagar a la misma sociedad, además, los intereses comerciales moratorios desde la fecha en que han debido hacerse los pagos hasta cuando estos se realicen, los cuales deben actualizarse teniendo en cuenta la desvalorización monetaria desde aquella fecha hasta el día en que se verifique su pago.

“6. A pagar las costas del proceso” (fls. 11 vto. a 13 fte., C. 1).

2. En lo fundamental los hechos invocados por la actora como sustento de las peticiones transcritas son los siguientes:

a) Previo el procedimiento de la licitación pública, el Fondo Vial Nacional y Arinco Ltda. suscribieron “el Contrato número 529 de 1977 para la construcción de la carretera Armero-Líbano entre las abscisas KM. 1+104 a KM 26+000, por medio de la cual el contratista, Arinco Ltda, hoy Arinco S. A. se obligó ‘a ejecutar para el Fondo Vial a precios unitarios fijos y en los mismos términos que señala este contrato, todas las obras que sean necesarias para la construcción de la Carretera Armero-Líbano entre las abscisas KM.1+104 a KM.26+000, de acuerdo con las estipulaciones del presente contrato’.

“8. En la cláusula segunda del contrato a que se refiere el punto anterior denominada ‘Documentos del contrato’ se dijo: ‘Determinan, regulan, complementan y adicionan las condiciones del presente contrato los documentos que se citan a continuación:

1. ‘Los pliegos de condiciones para la Licitación número 322 de 1976’.

SECCION TERCERA

5. 'Las cláusulas generales de contratación del Ministerio de Obras Públicas y Transporte'" (fls. 1 vto. y 2 -hechos 1-8 de la demanda);

b) Perfeccionado el contrato, se adicionó en 7 oportunidades, "para adicionar el valor, ampliar las fianzas y elaborar nuevo programa de trabajo e inversiones..." (hechos 9 - 14);

c) La firma contratista cumplió sus obligaciones según el "acta de entrega definitiva..." del 28 de abril de 1982; en el acta de liquidación final del contrato principal y de sus adicionales (la No. 20 del 4 de abril de 1983) figura un saldo a cargo de Arinco, que fue solucionado oportunamente; en cambio, en ella dejó constancia de la no cancelación "...de los ajustes por mora en el pago" (hechos 15 y 16);

d) "En la cláusula novena número 529/77 denominada '*forma de pago y ajuste del valor del acta correspondiente*', páginas 7 y 8 del convenio se pactó:

"Los ajustes de las cuentas de pago se harán así:

"El valor básico del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$"P_i = P_o I/I_o.$$

"En la cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados:

" P_i = Valor ajustado del Acta para cada grupo de obra.

P_o Valor básico del Acta para cada grupo, calculado según las cantidades de obra ejecutada, a los precios unitarios pactados en el contrato.

I = Valor del 'Índice de Costos de Construcción de Carreteras', para el correspondiente grupo de obra, calculado para el mes en el cual se ejecutó la obra.

"El valor del índice será el calculado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte según lo establecido en las proposiciones números 6757 y 6758 del 18 de agosto de 1965 de la Junta de Licitaciones Contratos y Precios Unitarios.

I_o = Valores de ' I ' correspondientes al mes de noviembre de 1976 cuyos grupos son los siguientes:

$$"I_o1 = 676.2 \text{ (seiscientos setenta y seis punto dos)}$$

Io.2 = 613.7 (seiscientos trece punto siete)

Io3 = 667.7 (seiscientos sesenta y siete punto siete)...” (fls. 3 a 3 vto., C. 1);

e) En el hecho 18 de la demanda se especifican 40 actas de obra mensual ejecutadas que “se pagaron después del vencimiento de los treinta (30) días siguientes a la presentación...”, y en el hecho 19 se determina el tiempo de mora en el pago para cada una de ellas;

f) La liquidación hecha aplicando las fórmulas pactadas en el contrato arroja un total a cargo de la entidad contratante de \$13.332.677.18;

g) La demandante narra en seguida los diversos trámites administrativos que finalmente despuntaron en la negativa de la administración a pagar dichos reajustes.

3. Notificado el establecimiento público demandado del auto admisorio de la demanda, mediante apoderado especial la contestó y propuso las excepciones de “la inexistencia de una posible obligación a que se refiere la demanda”, y de “caducidad de la acción”.

Previo el traslado correspondiente, los apoderados de las partes presentaron sendos alegatos de conclusión reforzando los argumentos expuestos al inicio del proceso y el Fiscal del Tribunal rindió su concepto desfavorable a las pretensiones deprecadas.

4. El Tribunal asienta su decisión en la circunstancia de que al entrar en vigencia el Decreto Extraordinario número 01 de 1984 cuyo artículo 136 señaló un plazo de 2 años para la caducidad de las acciones contractuales, limitó la oportunidad para hacer la reclamación planteada en el *sub lite*, hasta el 1º de marzo de 1986; como la demanda se presentó por fuera de ese término, la acción, para entonces, estaba caducada.

5. El recurso de apelación se sustentó con estos argumentos:

“La parte que represento tuvo que interponer recurso de apelación contra el auto de fecha 5 de mayo de 1986 proferido por este Tribunal, mediante el cual dispuso no admitir la demanda básicamente por las mismas razones que ahora da el Tribunal para declarar probada la excepción de caducidad.

“El Consejo de Estado al resolver el recurso en auto de fecha 28 de mayo de 1987 revocó la providencia impugnada y, en su lugar, ordenó admitir la demanda y darle el trámite legal que correspondía, simplemente afirmando que

SECCION TERCERA

‘en donde el fenómeno de la caducidad de la acción no puede establecerse en forma nítida, clara e indiscutible al momento de decidir sobre la admisión de la demanda, la definición de tan importante asunto debe dejarse para ser examinado en la sentencia definitiva’.

“Con ocasión de la interposición del recurso y la sustentación del mismo ante el superior, manifesté las razones que en seguida expreso y ahora reitero. ‘Como el anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167/41) no estableció el término ni de prescripción ni de caducidad para el ejercicio de las acciones derivadas de un contrato celebrado con la administración se aplicaban las normas generales señaladas por el Código Civil, esto es la prescripción de veinte años. El artículo 41 de la Ley 153 de 1887 establece que la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, como ocurre en este caso, podrá ser regida por la primera o la segunda, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiera empezado a regir. Como la nueva ley o sea el Código Contencioso Administrativo que establece en materia de contratos la caducidad o prescripción de dos años comenzó a regir, según el artículo 2º del Decreto 01 de 1984, que determina el contenido del Código Contencioso Administrativo, a partir del día 1º de marzo de 1984, luego la caducidad en lo tocante a contratos no puede operar sino desde el mes de marzo de 1986 en adelante’.

“En un caso exactamente igual al que se está debatiendo en el juicio indicado en la referencia, en donde la sociedad demandante también formuló una demanda contra el Fondo Vial Nacional por, exactamente, los mismos hechos de que da cuenta el Expediente número 4939, y en donde también ese Tribunal por las mismas razones que ahora aduce el Tribunal Administrativo del Tolima, rechazó la demanda por caducidad de la acción, por auto que también fue materia de recurso de apelación ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. Dicha Sección en auto de fecha 30 de octubre de 1986, que en fotocopia acompaño para ilustración de los distinguidos magistrados, se pronunció sobre el particular así:

“*Tercero. Como con anterioridad a la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo no existía ninguna norma legal que señalara término de caducidad para las acciones inherentes a las controversias contractuales, huelga cualquier reflexión sobre aplicación ultraactiva de una disposición inexistente*” (los destacados son míos).

“En otro proceso que aún cursa ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en donde también es parte Arinco Ltda., hoy Arinco S. A., en

demanda que ésta formuló contra el Fondo Vial Nacional por los mismos hechos del Expediente número 4939, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto de fecha 4 de septiembre de 1986, que también en fotocopia informal acompaño para ilustración de los distinguidos magistrados, se pronunció así:

“La providencia impugnada será revocada y en su lugar se admitirá la demanda, por las siguientes razones:

“...b) La realidad anterior es explicativa de que el monto de los reajustes reclamados tiene su causa en un acto celebrado antes de la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01, enero 2/84), esto es, cuando en la normatividad vigente hasta entonces no se consagraba ningún término de caducidad para los actos u (sic) hechos realizados para perfeccionar un contrato administrativo. Esto explica la jurisprudencia reiterada de la corporación en tal sentido. Así, en sentencia del 17 de febrero de 1977, Expediente número 1775. Actor Instituto Colombiano de Seguros Sociales...

“...Esto en relación con la prescripción de la pretensión fenómeno de derecho sustancial, bien distinto al fenómeno procesal de la caducidad, que no existía para esta clase de acciones mientras fueran de conocimiento de la jurisdicción ordinaria y que, mal podía aplicárseles normas especiales del C. C. A., cuando expresamente los excluía, en forma total, del Gobierno de dicho estatuto el artículo ordinal 1º del mismo, al incluirlas entre las controversias de las que no podía conocer la jurisdicción contencioso-administrativa...

“En cambio la acción contractual administrativa no tiene caducidad y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida, como ya se vio, al C. C. ...’ (los destacados son míos).

“Como se podrá observar de las transcripciones anteriores, no existía ninguna norma legal que señalara término de caducidad para las acciones derivadas de un contrato administrativo con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo y para hechos u operaciones ocurridas con anterioridad a tal vigencia, por lo cual las normas aplicables a tales hechos u operaciones eran las establecidas por el Código Civil, esto es, no había término de caducidad, razón por la cual no puede predicarse para el juicio indicado en la referencia la excepción de caducidad formulada por el señor Fiscal de la Corporación y que acoge este tribunal en su integridad, como así lo solicito.

SECCION TERCERA

“En atención a las anteriores consideraciones y a las normas legales anteriormente citadas, de la manera más atenta solicito a los señores magistrados se sirvan revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, despachar favorablemente las pretensiones de la demanda que dio origen al juicio, esto es, condenar al Fondo Vial Nacional en los términos pedidos y en las cuantías señaladas por los señores peritos.

“Como ya la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencias de fechas 5 de noviembre de 1987, Radicación número 4906 y 17 de marzo de 1988, Radicación número 4779, se pronunció favorablemente sobre el particular en dos casos idénticos al que se contempla y también promovido por Arinco Ltda., hoy Arinco S. A., solicito que se le dé aplicación al artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, en atención a que las dos sentencia a que acabo de referirme dictadas en procesos relativos a contratos produce efectos de cosa juzgada en otro proceso, siempre y cuando que se presente, como en efecto se presenta, el mismo objeto, la misma causa e identidad jurídica de partes” (fls. 446 a 448, C. 1).

Estas reflexiones se repetirán en los alegatos de conclusión.

6. El señor Fiscal Octavo de la Corporación comparte la tesis expuesta en el fallo apelado (fls. 470 - 472).

LA SALA CONSIDERA:

El punto central de la controversia gira en torno de la operancia de los términos de caducidad, introducidos para las acciones de naturaleza contractual por el artículo 136 del Decreto Extraordinario número 01 de 1984, en los litigios que tuvieron su origen en hechos acaecidos con antelación al comienzo de la vigencia de dicha norma (1º de marzo de 1984).

Está fuera de discusión que, con anterioridad a la expedición y vigencia de la norma citada, las controversias de naturaleza contractual carecían de términos de caducidad específicos; en otras palabras, su régimen era el común contemplado en el capítulo 3º, título 41, libro 4º del C. C., relativo a “la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales”, o sea el fenómeno que el derecho procesal moderno denomina “caducidad”, una vez que se ha hecho la nítida diferenciación entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material; en ese orden, se había dispuesto en el artículo 2356 del C. C. que “la (acción) ordinaria (se prescribe) por veinte (años)”.

Esta situación se transformó de modo fundamental cuando el C. C. A., adoptado por el Decreto Extraordinario número 01 de 1984, en búsqueda de

la seguridad jurídica, tan necesaria para la consecución de una sociedad organizada y de una convivencia pacífica y armónica, disminuyó a dos años el término de caducidad para el ejercicio de las “acciones relativas a contratos”, disposición que, en esencia, no varió con la expedición del Decreto Extraordinario número 2304 de 1989 (art. 23).

Para efectos de dilucidar el problema, sirve como criterio orientador la solución que ha dado la jurisprudencia de la Sala en asuntos de responsabilidad patrimonial, de naturaleza extracontractual, de la administración en los que se ha debatido la misma cuestión jurídica.

Las circunstancias, en esos dominios, son similares a las que conciernen con las acciones contractuales: el Decreto Extraordinario número 528 de 1964 había previsto un término de caducidad de tres años para la acción de reparación directa, plazo que el Decreto número 81 de 1984 disminuyó a dos años; por lo tanto, para la solución de los eventos ocurridos con antelación a la vigencia de esta última normación, se adoptaron las siguientes reglas:

“El hecho perjudicial (culminación del evento dañoso, según el Tribunal o punto de partida para contar la caducidad, según la parte actora) acaeció el 4 de noviembre de 1983. Si el Código Administrativo (Decreto 01 de 1984) no se hubiera expedido o no hubiera cambiado el término de caducidad de estas acciones, la demanda inicial de este proceso se habría podido presentar hasta el 4 de noviembre de 1986. Vale decir, que la presentación que se hizo el 29 de este último año, habría interrumpido la caducidad. Pero como el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A redujo el término de tres años del Decreto 528 de 1964 (art. 28) a dos, cuando se presentó la demanda ese 29 de octubre de 1986, ya en vigencia del nuevo Código Administrativo, hay que concluir, por fuerza, que su presentación fue extemporánea, porque el plazo venció el 1º de marzo de 1986, o sea a los dos años de vigencia del Código Administrativo.

“En otras palabras, como el 1º de marzo de 1984 aún no se había presentado la demanda y había corrido menos de un año en el término de caducidad, ésta no podía extenderse más allá de los dos años exigidos en el nuevo código” (Sentencia 1119 de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5500. Actores: Marco Aurelio Bonilla y otra).

Como la identidad de razón impone soluciones idénticas, no se ve justificación alguna para que, en materia contractual puedan coexistir dos términos de caducidad paralelos: el uno anterior y posterior el otro a la expedición del C. C. A. (Dec. 01 de 1984); por el contrario, la aplicación

SECCION TERCERA

inmediata de los preceptos procesales determina que, para las acciones relativas a contratos cuyos hechos ocurrieron antes del 1º de marzo de 1984, es ésta la fecha que marca el comienzo del término de caducidad previsto por la ley en dos años.

Esta tesis ya había sido expuesta por la Sala en oportunidades anteriores, de las cuales, por vía de ejemplo se cita la sentencia de 6 de abril de 1989, actor: Ingenieros Civiles Asociados, Consejero Ponente: doctor Julio César Uribe Acosta, en la que se dijo:

“...A partir de la vigencia del nuevo estatuto de lo Contencioso Administrativo, opera, por primera vez, el término de caducidad para estas controversias, que es el que aparece consagrado en el artículo 136 del mismo, que a la letra reza: ‘Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos, ocurridos los hechos que den lugar a ella’. Sobre la materia sólo parece necesario agregar que toda controversia contractual, surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo C. C. A., y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el 1º de marzo de 1984, esto es, que debían someterse a la definición de los Tribunales correspondientes en el término de dos años, contados a partir de ese momento”.

Todo lo anterior indica que la sociedad demandante pudo presentar, válidamente, su demanda hasta el 1º de marzo de 1986, al no hacerlo así se operó la caducidad de la acción tal y como lo dedujo acertadamente el *a quo*.

De otra parte, la circunstancia de haber admitido la demanda pese a que el problema de la caducidad apareció planteado desde ese momento inicial del proceso, no tiene significación distinta de dar la oportunidad al debate cuando quiera que los elementos de hecho o de derecho constitutivas del fenómeno, no aparecen, de entrada, con la claridad necesaria para inadmitir la demanda; en otros términos, las precisiones iniciales no impiden que el juzgador, en el momento del fallo, con mejores herramientas fácticas y jurídicas, reestudie el asunto y decida en consecuencia.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

EXP. - 5751

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LICITACION PRIVADA - Deserción/ PROCESO LICITATORIO - Formalidades/ LICITACION PRIVADA - Formalidades

La normatividad relacionada con las formalidades previas y concomitantes a la contratación administrativa, son de derecho estricto, esto es, de aquellas disposiciones normativas que no pueden ser alteradas, cambiadas ni sustituidas por el querer de las partes. Las propuestas, y allí se entiende que forman parte de las mismas sus anexos, deben ser incorporadas en urnas selladas que se destinarán al efecto, todo con miras a que se mantenga la más absoluta reserva respecto de su contenido. Si algunos apartes de las propuestas, así se les llame "anexos" no son insertados en las urnas destinadas al efecto, se está infringiendo la preceptiva del artículo 30 del decreto de contratación administrativa y ello apareja la anulación del concurso o licitación. A la administración no le quedaba alternativa distinta a declarar desierta la licitación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7026.

Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

Actor: Sociedad Comercial Nieto Delgado Cía. S. en C.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandante, contra la sentencia de 19 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso denegar las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1. Las pretensiones

La Sociedad Comercial Nieto Delgado S. en C., en escrito que presentó por conducto de apoderada el 5 de abril de 1988, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional del Valle del Cauca, para que se declarara la nulidad de la Resolución número 8064 del 7 de diciembre de 1987, expedida por la demandada, mediante la cual se declaró desierta la Licitación Privada número PR-04-002-87. Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho pretende que se le pague el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro puro, por concepto de perjuicios morales, además del daño emergente y el lucro cesante que resulte probado dentro del proceso, con la correspondiente corrección monetaria y los intereses comerciales desde la ejecutoria de la sentencia. Por último pide que las cantidades de la condena devenguen intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratoria después.

2. Los hechos

Se relacionan a folios 167 a 212 del expediente en 52 hechos, que dicen en síntesis:

1. Mediante la Resolución número 6908 del 21 de octubre de 1987, la gerencia del Instituto de Seguros Sociales, Seccional del Valle del Cauca, autorizó la apertura de la Licitación Privada número PR-04-002-87 cuyo objeto era contratar la ejecución de las obras de construcción de la sede administrativa UPZ-16, en Cali.

2. Para el objeto fueron invitadas a participar en esa licitación 5 personas naturales y jurídicas, entre ellas la sociedad demandante.

3. A la licitación se presentaron 3 participantes, de los cuales el señor Gustavo Jaramillo Mora quien sin estar inscrito en la lista de proponentes del ISS, fue favorecido por la administración con la invitación a participar en la licitación.

4. Para presentar su propuesta la sociedad comercial Nieto Delgado Cía. S. en C., hizo estudios técnicos, administrativos, financieros, jurídicos y contables, en los que invirtió la suma de \$1.382.000.00.

5. La licitación fue abierta el 13 de noviembre de 1987 y cerrada a las 10:30 de la mañana del 30 del mismo mes.

6. La propuesta de la sociedad actora fue depositada en la urna triclave, sin que sucediera lo mismo con aquellas presentadas por los señores Francisco

SECCION TERCERA

Franky Alzate y Gustavo Jaramillo Mora, porque los sobres no cupieron por la ranura de la urna, situación ante la cual y previa consulta, con la auditoría fiscal, la oficina jurídica y la subgerencia de recursos físicos del ISS, se dispuso ponerlos encima de la urna, situación aceptada por funcionarios y proponentes.

7. Los sobres que quedaron encima de la urna fueron sellados y rubricados por los funcionarios competentes quienes inmediatamente después de cerrada la licitación, abrieron las propuestas que acababan de ser recibidas.

8. Mediante la Resolución número 8064 de diciembre de 1987, se declaró desierta la licitación privada porque en su trámite de cierre, no se cumplió con los parámetros establecidos en el Decreto 222/83, artículo 5º, concordante con el artículo 32, numeral 4º del mismo decreto, por cuanto todas las propuestas no fueron depositadas en la urna.

9. El hecho que dio lugar a declarar desierta la licitación, es imputable únicamente a la administración que debió disponer de la urna necesaria para recibir las propuestas.

10. Se abrió una nueva licitación en la que sólo se presentó el señor Gustavo Jaramillo Mora, hecho ante el cual se declaró nuevamente desierta y se autorizó la contratación directa que se llevó a cabo con Jaramillo Mora, favorito de la administración.

3. Actuación procesal

Al contestar la demandada el Instituto de Seguros Sociales admitió unos hechos y defendió la legalidad del acto por el cual se declaró desierta la licitación, argumentando que era lo único que la administración podía hacer ante la irregularidad presentada al momento del cierre de la licitación que contrariaba disposiciones de orden público, puesto que el Decreto 222/83, en forma expresa señala las ritualidades de que debe rodearse el acto de entrega de las propuestas y su depósito en la urna. Agrega que se cumplió el principio de la igualdad de los participantes porque el acto los afectó por igualdad a todos y al abrirse una nueva licitación, todos quedaban en iguales condiciones de volver a participar.

Agrega que la imprevisión no fue del ISS sino de los proponentes que tuvieron 17 días para revisar si su propuesta cabía en la urna y debieron prever la situación y dividir la propuesta en varios sobres que sí pudieran ser introducidos en la urna. Pero sólo en el instante del cierre se presentaron las

propuestas y fue entonces cuando se percataron de que los documentos no cabían.

Por último agrega que había otra razón para declarar desierta la licitación y era el hecho de que sólo uno de los 3 participantes estaba inscrito en el registro de proponentes, razón por la cual la Resolución 8064 fue adicionada mediante la Resolución 1838 del mes de marzo de 1988, con el fin de resaltar, como motivo adicional, esta nueva razón.

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes presentaron sendos escritos. La demandante pide que se condene a la administración a pagarle los perjuicios de todo orden que le fueron ocasionados con un acto imputable a la administración. Insiste en que al momento de licitar sólo 2 participantes estaban inscritos en el registro de proponentes. Relata nuevamente los hechos, para concluir que la administración no previó, debiendo hacerlo, el fenómeno del tamaño de los formularios ya diligenciados. Concluye que esa falla de que se valió la administración para declarar la nulidad, sólo fue pretexto para poder adjudicar la licitación al favorito que era el señor Gustavo Jaramillo Mora.

Por su parte la demandada alega que contra su decisión no se interpuso ningún recurso, requisito indispensable para acudir a la jurisdicción y si se demandó así, entonces se debió inadmitir la demanda; de ahí que se está frente a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. Luego defiende la legalidad del acto demandado alegando que se dictó porque al ISS no le quedaba otra alternativa frente al hecho de que los aspirantes no reunían todos y cada uno de los requisitos exigidos.

4. La sentencia recurrida

El *a quo* para denegar las súplicas de la demanda, destacó que la Resolución 08064 del 7 de diciembre de 1987 del Instituto de Seguros Sociales mediante la cual se ordenó declarar desierta la Licitación Privada PR-04-002-87 y se abrió una nueva para la ejecución de las obras de construcción de la sede administrativa de la UPZ número 16 se produjo como consecuencia de la inobservancia de las formalidades exigidas por el artículo 30, numeral 5º del Decreto 222/83. Ante la irregularidad presentada al no depositar los pliegos en la urna triclave lo único que podía hacer la administración era declarar la nulidad, porque la norma es imperativa y no consagra una simple facultad a la administración. Dijo que el tratamiento de las propuestas en el procedimiento de licitación, está expresamente señalado en la ley, norma que participa de la naturaleza del orden público, concluye que si el procedimiento de licitación quedó viciado por violación de normas de derecho público,

SECCION TERCERA

semejante causal no puede desaparecer por ratificación de las partes, sino que ante tal vicio la administración debía declarar desierta la licitación como en efecto lo hizo a través de la resolución que aquí se demanda.

5. Razones de la apelación

En escrito visible a folios 411 a 418 la demandante pide la revocatoria de la sentencia de la *a quo* y que en su lugar se acoja las pretensiones de la demanda. Se queja de que el tribunal confundió la pretensión con el entorno dentro del cual se produjo. Advierte que no se demandó el contrato porque la existencia de ese acuerdo no perjudicó a la demandante, sino que el perjuicio surgió del acto que declaró desierta la licitación. Acuso el fallo de primera instancia de no haber analizado la realidad histórica sino que desconoció el derecho que tienen los ciudadanos a una buena administración. También dijo que la informalidad presentada en la licitación, no tenía la fuerza suficiente para autorizar que se la declarara desierta.

En la oportunidad para alegar en la segunda instancia, la parte actora guardó silencio. La demandada presentó el memorial que obra a folios 434 a 438 en el que pide la confirmación en todas sus partes del fallo de primera instancia porque la acción va dirigida a que se declare nulo el acto mediante el cual se declaró desierta la licitación y que en consecuencia se paguen unos perjuicios. Es decir, sólo declarada la nulidad del acto, se podría ordenar el pago de perjuicios y si el acto es legal, el fallo no podía ordenar el pago de perjuicios, porque dentro del proceso no se demandó el acto de contratación con Gustavo Jaramillo Mora.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la providencia apelada debe confirmarse porque en ella se hace un juicioso análisis de los presupuestos fácticos probatorios y jurídicos del proceso, que llevaron al *a quo* a negar las peticiones.

En efecto, como lo señaló el Tribunal, con la extensa demanda sólo se persigue la declaratoria de nulidad de la Resolución número 08064 de 7 de diciembre de 1987 proferida por el ISS Seccional del Valle del Cauca. Mediante esa resolución cuya copia presentada con la demanda obra a folios 4 y 5 del expediente, se declaró nula la Licitación Privada número 04-002-87, cuyo objeto era contratar la ejecución parcial de las obras de construcción de la sede administrativa de la UPZ-16 en Cali.

El fundamento que se tomó como base para llegar a esa decisión fueron las circunstancias de procedimiento que se presentaron al cierre de la licitación.

No refiere la resolución cuales fueron las circunstancias que se dieron en ese procedimiento, pero las partes en la demanda y su contestación coinciden en que la irregularidad consistió en haber dejado por fuera de la urna triclave, parte de las propuestas presentadas por los participantes, porque dado su tamaño, no pudieron ser introducidas en la urna.

Las partes están de acuerdo de que al momento de cerrar la licitación, los hechos se presentaron así como se dejaron expuestos, pero difieren en las consecuencias que esa irregularidad acarrea a la licitación así es, mientras que para la administración esa alteración del procedimiento la obligaba a declarar desierta la licitación, para la demandante esa irregularidad era inocua porque los sobres que no pudieron introducirse en la urna se pusieron encima de ella una vez sellados y porque en ese acto convinieron tanto funcionarios como proponentes, de ahí que estime que la Resolución número 08064 debe ser anulada porque en ella se excedió la administración.

El Decreto 222/83, en el artículo 42, prevé esa forma taxativa, los casos en los cuales se debe declarar desierta la licitación y en el numeral 2º dice:

“...42. De cuándo se declara desierta la licitación o concurso de méritos. El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos: ...2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias...”

Y el mismo estatuto, en el artículo 30 al referirse a los pasos que deben llevarse a cabo en la licitación, en el número 5 señala en forma detallada y precisa, la forma como debe procederse con las propuestas, dice:

“...5. Las propuestas se recibirán en sobres cerrados y sellados dentro del plazo fijado para la licitación. Se depositarán en una urna previamente cerrada y sellada, que tendrá tres (3) cerraduras distintas cuya apertura, para cada una, será responsabilidad respectivamente del jefe del organismo y de su delegado y del auditor fiscal o su delegado, quienes por tanto serán los únicos tenedores legítimos de cada llave.”

Como bien lo observó el *a quo*, la norma contiene una ritualidad que no puede cambiarse por el acuerdo entre las partes, y si en el procedimiento de esa licitación no se siguió así el trámite, a la administración no le quedaba alternativa distinta a declarar desierta la licitación conforme lo ordena la norma que se señaló.

La normatividad relacionada con las formalidades previas y concomitantes a la contratación administrativa, son de derecho estricto, esto es, de

SECCION TERCERA

aquellas disposiciones normativas que no pueden ser alteradas, cambiadas ni sustituidas por el querer de las partes. En el caso concreto y punto central del debate, la normatividad es clara y no admite modificaciones en cuanto a su alcance, en el sentido de que las propuestas, y allí se entiende que forman parte de las mismas sus anexos, deben ser incorporadas en urnas selladas que se destinarán al efecto, todo con miras a que *se mantenga la más absoluta reserva* respecto de su contenido. Así las cosas, si algunos apartes de las propuestas, así se les llame "anexos" no son insertados en las urnas destinadas al efecto, se está infringiendo la preceptiva del artículo 30 del Decreto de Contratación Administrativa y ello apareja la anulación del concurso o licitación.

Ahora bien, que la nulidad se generó por un hecho imputable a la administración, es cuestionable. En efecto, no había razón para que la administración tuviera que prever que el tamaño de los sobres iba a ser mayor que el de la ranura de las urnas; no había porque esperar que así se presentara, es más, una de las propuestas si pudo ser depositada. entonces no había razón para que los demás proponentes no se hubieran percatado del tamaño de la urna en donde depositarían los sobres.

Como el acto demandado es legal, no hay lugar a analizar los perjuicios que dice haber sufrido la sociedad demandante, porque como acertadamente lo señaló el fallo de primera instancia, los perjuicios se reclaman como consecuencia directa de que se declarara nula la Resolución número 08064 de 1987 y si no se hizo tal declaración no acarrea y perjuicios por indemnizar.

Por último si la contratación que finalmente se celebró entre el ISS y Gustavo Jaramillo Mora, se ajustó o no al régimen de contratación administrativa, es una cuestión cuyo planteamiento no puede hacerse en esta sentencia porque no fue demandado el contrato.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, esto es, aquella de 19 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP. - 7026

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Electrocuci3n/DAÑO ANTIJURIDICO/ACTIVIDAD PELIGROSA

La nueva Carta Constitucional en su art3culo 90 no redujo la responsabilidad estatal a la simplemente objetiva. La consagraci3n misma del da1o antijur3dico como supuesto de la responsabilidad estatal no est3 ni objetiviz3ndola ni descartando de dicha responsabilidad la noci3n de falla del servicio, sino s3lo ampliando su 3mbito de aplicaci3n. La nueva Constituci3n, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borr3 del ordenamiento la responsabilidad, por falla del servicio, ni por cualquiera otra fuente de las aceptadas por el derecho administrativo. Las nociones de imputabilidad y de da1o antijur3dico as3 lo dan a entender. En el sub lite, con la conducta negligente de la v3ctima concurri3 tambi3n la situaci3n de riesgo creada por la administraci3n (la explotaci3n de actividad peligrosa) configurativa de una falla del servicio. Se habla de falla del servicio probada, pero no le queda duda a la Sala que el asunto bien pudo manejarse con el enfoque de la falla presunta que va envuelta en el ejercicio de una actividad peligrosa. Vista la gravedad de los hechos que comprometen a las partes involucradas, la reducci3n de la condena ser3 del 50%.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / LLAMAMIENTO EN GARANTIA / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Reembolso

La entidad demandada es responsable parcial de la tragedia. La labor ejecutada por un contratista suyo, a trav3s de un subcontratista, comprometi3 su responsabilidad. La Sala ha tocado el punto para reafirmar que en casos como el aqu3 estudiado, es

como si la administración hubiera ejecutado directamente la obra. Como tanto la entidad pública como la contratista hicieron llamamiento en garantía, la entidad demandada pagará el total de la condena; la Nacional de Seguros le pagará a la demandada lo que haya pagado; IES le pagará a la Nacional lo que le haya pagado a las Empresas; y la Aseguradora Grancolombiana le pagará a IES lo que haya pagado a la Nacional, entendido todo dentro de los límites y condiciones de las respectivas pólizas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 2 de 1993.

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref.: Expediente número 7429. Indemnizaciones.

Actora: Nancy Amparo Ramírez Giraldo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de marzo de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En la demanda, presentada por la señora Nancy Amparo Ramírez G. y otros contra las Empresas Públicas de Pereira en julio 12 de 1990, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que la entidad demandada contrató con la firma IES Ltda. la remodelación de la línea primaria Ventorrillo-Mundo Nuevo-Huertas y derivaciones Monte Largo-El Rocío-Boston.
2. Que en cumplimiento del convenio se contrató al señor Carlos Alberto Cruz Chica por el señor Fernando Mejía Lozano, subcontratista de IES.
3. Que en desarrollo de sus labores "al observar que los cables, cuerdas o acometidas que llegaban a la casa, se encontraban enredadas en el cable nuevo que se había tendido y al tratar de desenredarlas, ese cable que estaba desenergizado hizo contacto con una línea sí energizada, por la cual resultó electrocutado, pereciendo en el acto. La línea energizada estaba peligrosamente cerca del cable recién instalado".
4. Que la muerte del señor Cruz Chica obedeció a un riesgo al cual fue sometido por falla del servicio.
5. Que Cruz Chica tenía en ese momento 22 años, era hijo de José Gabriel Cruz Quintero y Amparo Chica M. y hermano de Luis Evelio, José Adrián, Víctor Hugo y Amparo Chica Morales.

SECCION TERCERA

6. Que Carlos Alberto estaba casado con Nancy Amparo Ramírez G. y tenía dos hijos en ese matrimonio: Cristian David y Juliana Cruz Ramírez.

Durante el trámite de la instancia se llamó en garantía a la Nacional de Seguros S. A. por petición de la parte demandada, como también se hizo llamamiento a la sociedad IES por solicitud de la aseguradora.

Cumplido el procedimiento de la primera etapa procesal, el tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Inconforme la Fiscalía del Tribunal con la sentencia, apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folio 286. Igualmente apelaron los actores (a fls. 290 y ss.).

Cumplido el procedimiento de la segunda instancia es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

Para la Procuradora Segunda delegada doctora Edné Cohen Daza la sentencia objeto de apelación merece ser confirmada. Así en su vista fiscal de 11 de septiembre de 1992 (a fls. 368 y ss.), a guisa de conclusión observa:

“Resumiendo, se concluye que desde cualquier punto de vista que se enfoque, el comportamiento de Carlos Alberto Cruz Chica, a no dudarlo, fue imprudente. Su condición de trabajador, conocedor del manejo y manipulación de las redes de energía eléctrica, aumenta su responsabilidad en la causación del hecho a consecuencia del cual perdió la vida. El, consciente del riesgo y peligrosidad de su labor, ha debido, si era que no sabía que las redes estaban energizadas, constatar previamente tal circunstancia, o si tenía conocimiento de esto proceder a desenergizarlas antes de manipularlas para adelantar su labor.

“Lo expuesto permite concluir con claridad y certeza que la actuación de la víctima estuvo precedida de una injustificable imprudencia, partiendo de la base que su conocimiento al respecto no era el del común de las personas, sino precisamente el de alguien experto en la materia y los riesgos, peligros y precauciones que el desempeño de la misma implicaba. La culpa de la víctima en el caso que nos ocupa ha de entenderse como una conducta imprudente y negligente, que por sí misma ocasionó el daño, significando lo anterior que no hay lugar a reparación de perjuicios por parte de la entidad pública demandada, al declararse la prosperidad de la excepción propuesta en este sentido”.

Por su lado, el señor apoderado de la sociedad llamada en garantía (la Nacional de Seguros) hace a folios 376 y siguientes un excelente estudio sobre

los alcances del artículo 90 de la Constitución Nacional y su incidencia en la responsabilidad objetiva del Estado.

Al final de su escrito y como conclusión escribe:

“Con base en las argumentaciones anteriores, podemos concluir, en primer lugar, que el concepto de daño antijurídico no garantiza *per se*, la existencia de una responsabilidad siempre objetiva del Estado, pues ni la Constitución ni la ley, le dan esa connotación; en segundo lugar, se puede concluir que la discusión siempre estará mal planteada mientras no se entienda que, al lado de responsabilidades objetivas del Estado (riesgo excepcional, trabajos públicos, daño especial), habrá otras que necesariamente, por cuestiones lógicas y prácticas, deberán fundamentarse en la falla del servicio; que esa falla del servicio unas veces deberá ser probada por el demandante, y en otras se presumirá pudiendo desvirtuarse, según sea la naturaleza de la presunción; que por daño antijurídico debemos entender aquél que es contrario a la ley, o ilícito, lo que no impide que en algunas oportunidades la antijuridicidad requiera la falla del servicio, mientras que en otros casos pueda fundarse en una responsabilidad objetiva.

“Así las cosas, será estéril la discusión mientras quienes defienden la teoría de la responsabilidad siempre objetiva, no muestren con claridad los límites de ese principio. Como vamos, seguiremos pregonando ese principio general, pero al mismo tiempo, echando mano de los conceptos tradicionales de falla del servicio probada o presunta”.

Para la Sala la sentencia merece ser revocada, ya que no hace suya la perspectiva que manejó el *a quo*, al dar por probada la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración. En el fallo en cuestión se lee:

“Apreciadas, como lo dispone el artículo 187 C. P. C. en su conjunto las pruebas, surge la certeza de que realmente el accidente se produjo en las circunstancias señaladas en el relato que de ellas hizo, inmediatamente después de los hechos, Jairó Valencia ayudante de la víctima. Si bien no se cuenta en este proceso con prueba directa de la advertencia que recibiera Cruz de su ayudante de lo riesgoso de la operación de bajar las cuerdas que estaban enredadas sobre la nueva red, debe ello admitirse, pues las diversas pruebas atrás analizadas concurren a su demostración, así sea con valor indiciario. Los indicios son medio de convicción al igual que las pruebas directas. Es pertinente citar lo dicho por el honorable Consejo de Estado, refiriéndose al valor probatorio de los indicios: “No

SECCION TERCERA

hay duda de que en el presente caso la inferencia fue indiciaria porque no se dio la prueba directa del hecho. Pero en parte alguna el derecho probatorio le da menos valor demostrativo al indicio que a la prueba directa del hecho” (Sentencia 1438 de octubre 5/89, Sección Tercera, Consejero Ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 5463, Extracto 83, Extractos Tomo VI, p. 231).

“Según se deduce del acervo probatorio, a Cruz se le impartió la orden de reconectar entre otras una red domiciliaria que dependía de un transformador. Al llegar Cruz con su ayudante, al lugar de trabajo encontró una situación anormal como era el que las cuerdas a reconectar se encontraban pendiendo de la nueva red primaria, quedando así en proximidad de unos cuarenta centímetros de la antigua red ya energizada de nuevo, lo que implicaba si se les imprimía movimiento, el riesgo de un contacto eléctrico con la corriente de la red antigua de unos trece mil doscientos (13.200) voltios. De tal riesgo fue advertido por su ayudante el señor Cruz, quien procedió a conciencia del peligro a tratar de bajar las cuerdas, como lo dijo él en forma “suave”, operación en la que se realizó el riesgo señalado, de contacto eléctrico que le produjo la muerte.

“La situación anormal de estar las cuerdas a reconectar pendientes de la nueva red, constituye evidentemente una falla en el servicio. No se conoce a quien atribuirle el hecho pero ello carece de relevancia, pues la conducta de las autoridades de que trata el artículo 90 de la nueva Constitución, ya vimos atrás que puede ser conducta de la Administración anónima por ignorarse el agente. El hecho es que al ser izada la nueva red, arrastró consigo las cuerdas correspondientes a un usuario, que se desconectaron en la mañana en una operación cuya finalidad era evitar interferencias con el tendido y posterior izada de la nueva red. La revisión que se hizo una vez levantada y tensionada la red nueva, dejó pasar inadvertido que de ella pendían esas dos cuerdas. De otro lado, es igualmente evidente que, la orden impartida por el subcontratista al señor Cruz no incluía, no implicaba la orden de manipular las cuerdas en esas condiciones anormales, pues nada permite siquiera leve sospecha que ello fuere así.

“La conducta de la víctima fue notoriamente imprudente, culposa, con conciencia del riesgo existente en la operación. Esa conducta se constituye en la causa exclusiva del accidente, a pesar de que el riesgo fuera creado en el desarrollo de la obra. El señor Cruz en forma deliberada se expuso al riesgo que se sabía mortal. En este caso de culpa de la víctima, no hay relación de causalidad entre el daño y la conducta por acción u

omisión de las autoridades. No se está frente a un caso de concausalidad a pesar de que como se vio hubo falla en el servicio, pero ésta no fue causa del accidente. No hay lugar a presumir tal nexo causal por tratarse de actividad peligrosa, ya que tratándose de un servidor público (asimilado a tal) que perezca en desarrollo de sus labores como tal, debe probarse que se le sometió a un riesgo por fuera de lo normal de la actividad desarrollada como atrás se expuso. Prospera en consecuencia la defensa propuesta, como excepción, de culpa de la víctima como causa exclusiva del daño”.

Se dijo atrás que no se compartía tal argumentación en los términos absolutos planteados, porque la Sala estima que concurrió con la culpa de la víctima la falla de la administración. Concurren en el grado que se indicará luego, que no permite la exculpación de la responsabilidad endilgada, sino sólo la reducción en la condena en los términos del artículo 2357 del C. C.

Tal como lo ha dicho la jurisprudencia la causal “culpa de la víctima” es exonerativa de responsabilidad en la medida que sea exclusiva; vale decir, en la medida que muestre que el hecho dañoso no puede imputarse en forma alguna a la administración sino a la persona que sufrió la lesión.

La responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas o por la manipulación de cosas que tengan esta calificación (conducción de vehículos, extensión de redes de energía, gasoductos, armas de dotación oficial, etc.) es presunta o puede calificarse como tal. Así, la persona que reclama la indemnización por los daños causados no tendrá que probar que hubo falla en el servicio, sino sólo que el perjuicio se produjo y que el hecho le es imputable a la autoridad pública. Y si se presume esa responsabilidad es atendible que la administración no pueda alegar en su defensa que actuó con diligencia y cuidado. Defensa posible, por ejemplo, en los eventos de presunción de culpa en el servicio médico oficial.

Así, cuando se habla de responsabilidad presunta, se le hace directamente la imputación de responsabilidad al ente que se estima responsable, el cual, en su defensa, sólo podrá desvirtuar dicha imputación demostrando una causa extraña, ajena a su actividad como será la fuerza mayor, la culpa *exclusiva* de la víctima o el hecho, exclusivo y determinante, de un tercero.

En cambio, cuando se afirma que se presume su culpa, se le da la oportunidad al ente señalado por el demandante como responsable para que demuestre que actuó con la diligencia y cuidado que el servicio permitía, dada su organización, infraestructura y correcto funcionamiento.

SECCION TERCERA

Comparte la Sala desde el punto de vista teórico la opinión del señor apoderado de la aseguradora llamada en garantía, cuando sostiene en su interesante alegato que la nueva Carta Constitucional en su artículo 90 no redujo la responsabilidad estatal a la simplemente objetiva.

Y se comparte esta tesis porque la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivizándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación, porque así esta pueda darse no sólo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración (en sentido lato, cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo.

No es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y que en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación.

Enfocado racionalmente ese artículo 90 (importante avance en el derecho colombiano como que por primera vez, en forma expresa, se contempla en la Constitución la responsabilidad del Estado) surgen estos extremos que vale la pena destacar para ir despejando equívocos: a) Que se cause un daño; b) Que ese daño sea imputable, por acción u omisión, a una autoridad pública (la administración, en sentido genérico), y c) Que ese daño sea antijurídico.

Así, la norma respeta los extremos de toda relación de responsabilidad, como que señala los sujetos activo y pasivo de la misma (la administración y el tercero lesionado), el daño y la relación de causalidad.

El daño, como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño tiene que ser antijurídico, o sea causado por el comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se pueda dar por acción u omisión) o por ciertas conductas que, aunque puedan calificarse como regulares, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrirlo.

En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio, ni por cualquiera otra fuente de las aceptadas por el derecho administrativo. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.

Volviendo al caso concreto, muestra el acervo probatorio:

a) Que el señor Carlos Alberto Cruz Chica pereció electrocutado cuando trataba de reconectar una línea domiciliaria que se había reventado al izar las nuevas redes y que pendía de éstas aun no energizadas, pero cercanas a la vieja red, ésta prematuramente energizada;

b) Que el señor Cruz Chica, pese a que conocía la situación de las líneas, los horarios de trabajo con y sin energía, procedió a remover las líneas para efectuar su reconexión sin tomar todas las medidas que la prudencia imponía.

Obsérvese para entender mejor el asunto que el señor Cruz Chica, en el caso concreto, no era propiamente un tercero. Puede aceptarse que él, experto en cuestiones de electricidad, en ese trabajo era la administración misma, concedora de la labor que cumplía. Una es la relación que lo ligaba al subcontratista; otra la de éste para con IES Ltda., contratista de la administración, y finalmente otra, o sea la existente entre aquélla y ésta;

c) Con la conducta negligente de la víctima concurrió también la situación de riesgo creada por la administración (la explotación de actividad peligrosa) configurativa de una falla del servicio. Así, la labor ejecutada el día de los hechos fue irregular porque la instalación de la línea nueva, si se hubiera hecho correctamente, no hubiera reventado la domiciliaria ni se habría dejado ésta pendiente de las redes recién instaladas. Además no puede olvidarse para configurar esa falla que la línea antigua se energizaba de nuevo a las 6 p.m., luego de terminada la jornada, y el día de los hechos se energizó desde la 5:30; circunstancia sobre la cual ya estaba informado Carlos Alberto por su ayudante, como se infiere de los autos.

Se habla de la falla del servicio probada, pero no le queda duda a la Sala que el asunto bien pudo manejarse con el enfoque de la falla presunta que va envuelta en el ejercicio de una actividad peligrosa. Así, vista la gravedad de los hechos que comprometen a las partes involucradas, la reducción de la condena, en los términos del artículo 2357 del C. C. antecitado, será del 50%.

LOS PERJUICIOS

La falla del servicio explicada, según la demanda, causó perjuicios a los damnificados, personas unas que dependían económicamente de la víctima y sufrieron daños morales y materiales (Nancy Amparo Ramírez G., cónyuge, Christian David y Juliana Ramírez, hijos); y otras, que sufrieron sólo en su órbita aflictiva (Gabriel Cruz Quinte, y Amparo Chica de Cruz, padres, y Jesús Alirio, Luis Evelio, José Adrián y Víctor Hugo Cruz Chica, hermanos).

SECCION TERCERA

Ahora bien. Probado el parentesco de los damnificados con la víctima, según los certificados que obran a folios 9 y siguientes del cuaderno principal deberá reconocérseles, con sujeción a la orientación jurisprudencial y hecha la reducción indicada, una indemnización por perjuicios morales en gramos oro, equivalente en pesos colombianos, así: a Nancy Amparo Ramírez G., Christian David Cruz Ramírez, Juliana Cruz Ramírez, José Gabriel Cruz Quintero y Amparo Chica Morales de Cruz de 500 gramos oro para cada uno; y a Jesús Alirio, Luis Evelio, José Adrian y Víctor Hugo Cruz Chica de a 250 gramos oro para cada uno.

En cuanto a los perjuicios materiales, el reconocimiento no podrá cobijar sino a su cónyuge, señora Nancy Amparo Ramírez G., y a los hijos menores de la víctima, hasta que lleguen a la mayor edad. En este sentido y establecida la dependencia económica de la cónyuge e hijos con el señor Carlos Alberto Cruz Ch., la condena se hará a favor de éstos, distribuyendo los ingresos de aquél (con apoyo en el salario mínimo legal vigente en enero de 1990, puesto que no se probó otro ingreso diferente) en la siguiente proporción, luego de descontada la suma que para su propia subsistencia gastaba el occiso estimada en 25%: 50% para la cónyuge y el 50% restante, por partes iguales, a favor de cada uno de los hijos.

Para este efecto se aplicarán las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia para los dos períodos indemnizatorios, así: el vencido o consolidado del 18 de enero de 1990 a la fecha de esta sentencia (febrero de 1993); y el futuro o anticipado de esta última fecha a la de la vida probable de Carlos Alberto para la señora Nancy (era menor que su marido); y hasta la mayoría de edad para cada uno de los hijos (19 de enero del 2.005 para Christian David y 7 de febrero del 2.007 para Juliana).

Hechas las operaciones matemáticas resulta:

Perjuicios materiales:

Salario mínimo enero 18/90 = \$41.025 (Dec. 3.000/89)

Indices: Enero/90 = 129.99; enero/93 = 273.52

$Ra = 41.025 \times 273.52 = 41.025 \times 2.104161858$

129.99

$Ra = \$86.323.24 - 25\% = \$64.742.43:$

1. Indemnización debida:

a) Para Nancy Amparo Ramírez Giraldo (cónyuge):

$$Ra = 50\% \text{ de } \$64.742.43 = \$32.371.21$$

n = Enero 18/90 a febrero 28/93 = 3 años, 1 mes, 10 días

$$n = 37.33; i = 0.004867$$

$$S = 32.371.21 (1.004867)^{37.33} - 1$$

$$0.004867$$

$$S = 32.371.21 \times 0.1987081$$

$$0.004867$$

$$S = 32.371.21 \times 40.82763509$$

$$S = \$1.321.639.95$$

b) Para Christian David Cruz Ramírez (hijo)

$$Ra = 25\% \text{ de } \$64.742.43 = \$16.185.61$$

$$n = 37.33; i = 0.004867$$

$$S = 16.185.61 (1.004867)^{37.33} - 1$$

$$0.004867$$

$$S = 16.185.61 \times 40.82763505$$

$$S = \$660.819.98$$

c) Para Juliana Cruz Ramírez (hija):

Igual suma a la de su hermano.

$$S = \$660.819.98$$

2) Indemnización futura:

a) Para Nancy Amparo Ramírez Giraldo (cónyuge):

Carlos Alberto Cruz Chica (víctima) nació: septiembre 13 de 1967.

SECCION TERCERA

A la muerte (enero 18/90) tenía: 22 años 4 meses

Vida probable: 51.34 años.

$$n = 51.34 \times 12 = 616.08$$

$$Ra = \$32.371.21; i = 0.004867$$

$$S = 32.371.21 (1.004867)^{616.08} - 1$$

$$0.004867 (1.004867)^{616.08}$$

$$S = 32.371.21 \times 18.909325$$

$$0.096898684$$

$$S = 32.371.21 \times 195.1453231$$

$$S = \$6.317.090.23$$

b) Para Christian David Cruz Ramírez (hijo):

Nació: enero 19/87, mayoría: enero 19/2005

$n = \text{enero } 18/90 \text{ a enero } 19/2005 = 15 \text{ años} = 180 \text{ meses}$

$$Ra = \$16.185.61; i = 0.004867$$

$$S = 16.185.61 (1.004867)^{180} - 1$$

$$0.004867 (1.004867)^{180}$$

$$S = 16.185.61 \times 1.3963218$$

$$0.011662898$$

$$S = 16.185.61 \times 119.7233997$$

$$S = \$1.937.796.26$$

c) Para Juliana Cruz Ramírez (hija):

Nació: febrero 7/89; Mayoría: febrero 7/2007

$n = \text{enero } 18/90 \text{ a febrero } 7/2007 = 17 \text{ años, } 19 \text{ días}$

$$n = 204.63; Ra = 16.185.61; i = 0.004867$$

$$S = 16.185.61 (1.004867)^{204.63} - 1$$

$$0.004867(1.004867)^{204.63}$$

$$S = 16.185.61 \times 1.7007201$$

$$0.013144404$$

$$S = 16.185.61 \times 129.3873879$$

$$S = \$2.094.213.80$$

Resumen:

1. Para Nancy Amparo Ramírez Giraldo:

a) Indemnización debida \$1.321.639.95

b) Indemnización futura \$6.317.090.23 \$7.638.730.18

2. Para Christian David Cruz Ramírez

a) Indemnización debida \$660.819.98

b) Indemnización futura \$1.937.796.26 \$2.598.616.24

3) Para Juliana Cruz Ramírez:

a) Indemnización debida \$660.819.98

b) Indemnización futura \$2.094.213.80 \$2.755.033.78

Total perjuicios materiales \$12.992.380.20

Este extremo de la condena también sufrirá la reducción indicada por culpa de la víctima, en un 50% del total. Este quedará así:

1. Para Nancy Amparo Ramírez Giraldo \$3.819.365.09

2. Para Christian David Cruz Ramírez \$1.299.308.12

3. Para Juliana Cruz Ramírez \$1.377.516.89

LAS CONCLUSIONES FINALES

La entidad demandada (las Empresas Públicas de Pereira) es, por lo explicado, la responsable parcial de la tragedia en la que perdió la vida el

SECCION TERCERA

señor Carlos Alberto Cruz Chica. La labor ejecutada por un contratista suyo, a través de un subcontratista, comprometió su responsabilidad. En repetidas ocasiones la jurisprudencia de la Sala ha tocado el punto para reafirmar que en casos como el aquí estudiado, es como si la administración hubiera ejecutado directamente la obra. Así en sentencia de octubre 9 de 1985 (Proceso 4556. Actor: Gladys Mamby de Delgado) sostuvo:

“Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal”.

Pero como tanto la entidad pública como la contratista hicieron llamamiento en garantía, en su orden, a la Nacional Cía. de Seguros Generales de Colombia S. A. y a la Aseguradora Grancolombiana S. A., el valor de la condena deberá pagarlo en su totalidad la persona pública demandada a lo demandantes beneficiados con la misma. La llamada en primer término, la Nacional, reembolsará a las Empresas Públicas lo que éstas paguen a los damnificados, dentro de las limitaciones de la póliza número 1001526. A su turno, IES, la sociedad contratista, reembolsará a la Nacional por lo que le hubiere pagado a las mencionadas Empresas. Por último, la Aseguradora Grancolombiana deberá reembolsarle a IES lo que ésta le hubiere pagado a la Nacional, en los términos de la póliza RC-652.082.

En otros términos, la entidad demandada pagará el total de la condena. La Nacional le pagará a la demandada lo que haya pagado. IES le pagará a la Nacional lo que le haya pagado a las Empresas. Y la Aseguradora Grancolombiana le pagará a IES lo que haya pagado a la Nacional, entendido todo dentro de los límites y condiciones de las respectivas pólizas.

En el presente asunto la transacción contenida en el documento visible a folio 61 no incide en esta controversia, dado que allí se puso fin a pretensas obligaciones laborales; y por estas mismas razones se absolverá a las demás personas llamadas en garantía.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 22 de marzo de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda. En su lugar, se dispone:

a) Declárase responsable a las Empresas Públicas Municipales de Pereira de la muerte del señor Carlos Alberto Cruz Chica;

b) Condénasele a pagar, por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades en su equivalencia en pesos, así: a Nancy Amparo Ramírez G., Christian David y Juliana Cruz Ramírez, José Gabriel Cruz Quintero y Amparo Chica Morales de Cruz de a 500 gramos oro para cada uno. A Jesús Alirio, Luis Evelio, José Adrian y Víctor Hugo, de a 250 gramos oro para cada uno. El Banco de la República certificará su valor a la fecha de ejecutoria de este fallo;

c) Condénasele igualmente a pagar, por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas: a Nancy Amparo Ramírez G. tres millones ochocientos diez y nueve mil trescientos sesenta y cinco pesos con nueve centavos (\$3.819.365.09); a Christian David Cruz Ramírez un millón doscientos noventa y nueve mil trescientos ocho pesos con doce centavos (\$1.299.308.12) y a Juliana Cruz Ramírez un millón trescientos setenta y siete mil quinientos diez y seis pesos con ochenta y nueve centavos (\$1.377.516.89);

d) El valor de la condena deberá pagarlo en su totalidad la persona pública demandada a los demandantes beneficiados con la misma. La llamada en primer término, la Nacional, reembolsará a las Empresas Públicas lo que éstas paguen a los damnificados, dentro de las limitaciones de la póliza número 1001526. A su turno IES, la sociedad contratista, reembolsará a la Nacional por lo que le hubiere pagado a las mencionadas Empresas. Por último, la Aseguradora Grancolombiana deberá reembolsarle a IES lo que ésta le hubiere pagado a la Nacional en los términos de la póliza RC-652.082.

e) Absuélvese a las demás personas llamadas en garantía;

SECCION TERCERA

f) Deniéganse las demás súplicas;

g) Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el 26 de febrero de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONCURRENCIA DE CULPAS/LEGITIMA DEFENSA/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El caso sub examine no permite concluir prima facie, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la defensa que resulta proporcionada a la agresión; en ningún caso bendice o patrocina los excesos. Si el occiso portaba un simple machete o peinilla, no se le debía atacar con fusil galil y mucho menos dispararle a la cabeza. Habida consideración de que la víctima se enfrentó al agente y lo hirió, se impone concluir, a la luz de la ley y el derecho, que el daño se causó por la concurrencia de dos conductas ilícitas, por lo cual cada una de ellas debe reparar el daño que causa. La ciudadanía debe saber también que la fuerza pública merece respeto, obediencia y acato; cualquier ataque a la integridad física de sus miembros debe ser severamente sancionada y no puede convertirse en fuente plena de obligaciones para el Estado, cuando sus agentes exceden los límites de la legítima defensa.

PERJUICIOS MORALES A COMPAÑERA PERMANENTE / LEGITIMACION POR ACTIVA / PERJUICIOS MATERIALES - Distribución

Los demandantes demostraron estar legitimados por activa. Se probó la condición de la actora como compañera permanente del finado, por lo que se condena la Nación al pago de quinientos gramos de oro fino. En cuanto a los perjuicios materiales, del monto mensual de ingresos se descuenta un veinticinco por ciento (25%) que es la suma que se estima que la víctima destinaba para

SECCION TERCERA

atender a su congrua subsistencia; el setenta y cinco por ciento (75%) restante se divide en cuatro partes iguales; una cuarta parte para la compañera permanente y se liquida hasta el momento en que el último de sus hijos menores cumpla los 18 años; las otras tres cuartas partes se distribuyen entre los tres hijos por igual; se les indemniza hasta el momento en que cada uno de ellos cumpla la mayoría de edad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Ref.: Expediente número 7237.

Demandada: La Nación - Policía Nacional.

Actores: Pascuala Caicedo y otros.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día primero (1^o) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

“La señora Pascuala Caicedo, quien obra en su propio nombre y en representación de sus menores hijos: Jazmín, María Cristina y Juan Carlos Manzano Caicedo, por intermedio de apoderado judicial, instaura demanda de Acción de Reparación Directa contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional-, con el fin de que se le declare administrativamente responsable de la muerte del señor José Vicente Manzano Meza ocurrida en el bajo Calima, Corregimiento del Municipio de Buenaventura, Valle, en la madrugada del día domingo 14 de agosto de 1988, como consecuencia de disparos que con arma de fuego de dotación le propinó el Agente de la Policía, Serafín Torres Grueso o Alfonso Grueso Montaña. Como consecuencia se le pague a cada uno de los actores la suma de dinero equivalente a un mil gramos oro fino de acuerdo al valor del metal, por perjuicios morales y materiales.

“Como *hechos* se sintetizan los siguientes:

“1. El señor José Vicente Manzano Meza, quien residía en compañía de su mujer e hijos pequeños en el Bajo Calima, Corregimiento de Buenaventura, salió de su granero el día sábado 13 de agosto de 1988 ya entrada la noche, con el fin de tomarse unos tragos y hablar con sus amigos.

“2. Así lo hizo hasta las horas de la madrugada del día domingo 14, cuando se encontró con el Agente de la Policía Nacional, señor Serafín Torres Grueso o Alfonso Grueso Montaña, surgiendo entre ellos, en razón de que los dos estaban alicorados, un cruce de palabras.

“3. El agente de la Policía quien prestaba sus servicios como tal en la estación de Policía del Bajo Calima, portaba su arma de dotación, un fusil Galil. Por su parte el señor Manzano como es la costumbre, llevaba consigo, una peinilla.

“4. A raíz del cruce de palabras, el agente, en forma amenazante y agresiva, tomó su arma en actitud de dispararla contra el señor Manzano Meza, por lo cual éste, asustado, le gritó ‘señor Agente, no me vaya a disparar que yo o me estoy metiendo con usted ;No me vaya a matar!’, no siendo atendida la solicitud por el primero, quien procedió a disparar su arma de dotación oficial, causándole la muerte en forma instantánea por “laceración encefálica, fractura del temporal, frontal, parietal y occipital izquierdos”.

“5. El susodicho Agente le disparó al señor Manzano Meza desde una distancia no inferior a quince (15) metros, por ello la diligencia de necropsia practicada en su cadáver explica de modo claro, terminante, y refiriéndose a la lesión de que fue víctima el señor Manzano Meza: ‘herida por proyectil de arma de fuego así: 1. Orificio de entrada de bordes ligeramente irregulares de 1 cm. de diámetro, sin tatuaje, ni anillo de contusión en región temporal izquierda, se dirige de arriba abajo, de izquierda a derecha, de adelante atrás’.

“6. ‘A esa distancia de su víctima, o una muy semejante, obviamente el Agente de Policía no corría peligro alguno en su vida o integridad física o salud, así el señor Manzano Meza portara una peinilla, y aún deseara usarla’.

“Una peinilla, que es un arma blanca (y herramienta de trabajo al propio tiempo, en labores de zona rural), tiene muy poco alcance: sólo el de su medida o tamaño (aproximadamente sesenta (60) centímetros)”.

“A ese alcance puede agregarse el alcance del brazo de su portador: setenta (70) centímetros aproximadamente, para un total de ciento treinta (130) centímetros”.

SECCION TERCERA

“Quien se encuentra a una distancia mayor de ciento treinta (130) centímetros, como se encontraba el agente victimario del señor Manzano Meza, respecto de éste, en el preciso momento del hecho trágico, de hecho de sangre, nunca podía ser alcanzado por el portador de la peinilla”.

“El agente victimario, por tanto, no corrió el más mínimo peligro y, al disparar en forma criminal, no se defendió de nada ni de nadie. No se defendió, en todo caso, del señor Manzano Meza”.

“7. Toda arma de fuego tiene un alcance superior a ciento treinta (130) centímetros y con mayor razón un fusil Galil que tiene un alcance probado de muchísimos metros.

“8. El agente no estaba autorizado para utilizar su arma de fuego, por cuanto el artículo 74, literal a) de la Resolución número 00168 de 1961, Reglamento de Servicio de Vigilancia Urbana y Rural, solo permite esa utilización en caso real de legítima defensa, y ese no era el caso del Agente victimario.

“9. El uso innecesario e injustificado del arma de dotación oficial por parte del Agente constituye, a las claras, una falta o falla del servicio por acción, lo que hace que la Nación deba responder por el pago de los perjuicios ocasionados a los actores.

“10. Antes de ser herido a bala el señor Manzano Meza, gozaba de buena salud y su muerte inesperada causó a su mujer Pascuala Caicedo y a sus pequeños hijos, Jazmín, María Cristina y Juan Carlos Manzano Caicedo, un profundo pesar, una inmensa congoja.

“11. El causante, además con el producto de su trabajo, sostenía económicamente, en forma continua y responsable a su mujer y a sus hijos, quienes por el hecho de la muerte han sufrido un perjuicio material muy grande porque perdieron la ayuda económica del Jefe de Familia y ese perjuicio debe ser reparado.

“12. Antes de su fallecimiento, el occiso trabajaba al frente de un pequeño granero que tenía en su misma casa de habitación, en donde expendía artículos varios y mercancías de primera necesidad, obteniendo con esta actividad un ingreso de \$55.000.00 mensuales que utilizaba en su propio sostenimiento y el de su familia” (fls. 139-143, C. 1).

I. CONSIDERA:

“Con las copias de los registros civiles de nacimiento allegados con la demanda se acredita tanto la calidad de hijos extramatrimoniales del causante

José Vicente Manzano, respecto de los menores Juan Carlos, María Cristina y Jazmín, como la representación legal que ejerce la señora Pascuala Caicedo en su carácter de madre.

“Igualmente, y mediante el Registro Civil aportado a petición de este Despacho, se establece la defunción del señor José Vicente Manzano Meza acaecida en el Bajo Calima Corregimiento de Buenaventura el día 14 de agosto de 1988.

“Lo anterior, aparece complementado con la copia del acta de necropsia practicada por el Médico Legista en la que consta que el señor José Vicente Manzano ‘murió a consecuencia de la herida por proyectil de arma de fuego que le causara lesión de centros vitales en el encéfalo’. ‘Modo de muerte’: Violenta por proyectil de arma de fuego”.

“Ahora bien, considera la Sala que no es viable acceder a lo pedido en la demanda por las razones que van a anotarse:

“Conforme se ha dejado dicho, los demandantes pretenden el pago de unos perjuicios por parte de la Nación por cuanto hubo falla en el servicio.

“La falla en el servicio la hace consistir la actora en el hecho de que un agente de la policía haciendo uso de su armamento oficial le produjo la muerte al señor Manzano Meza.

“Se encuentra demostrado en el proceso con los oficios número 03891 y 025 remitidos por el Comandante del Séptimo Distrito de Buenaventura y con el acta de posesión de fecha 10 de agosto de 1982, que el señor Seraffín Torres Grueso se desempeñaba como agente profesional al servicio de la Policía Nacional y que para el día 14 de agosto de 1988, prestaba sus servicios en la Subestación Bajo Calima.

“También que, ‘para la prestación de sus servicios ordinarios en esa Unidad, portaba de dotación individual el Fusil Sar Galid número 8-1952784 siendo la misma arma que portaba el día domingo 14 de agosto de 1988 en horas de la madrugada’”.

Finalmente que para la “fecha de los hechos 14/08/88 y anteriormente, se suscribe que la Sub Estación de Policía Bajo Calima, es considerada como zona de orden público crítico, y de acuerdo a las investigaciones realizadas el Comando Operativo y Distrito de ese entonces, impartió la orden de que el personal podía portar el armamento de dotación, una vez terminara los turnos y después de éstos en todo momento. En conocimiento a la orden impartida, el citado agente no entregó su armamento de dotación después de haber terminado su turno de servicios” (fl. 53, cdno. 2).

SECCION TERCERA

“El hecho anterior por encontrarse acreditado bastaría para declarar la responsabilidad administrativa de la parte demandada, ya que ha sido constante la jurisprudencia en el sentido de señalar que ‘el perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio’.

“No obstante lo anterior, y por tratarse de una presunción de carácter legal, ésta puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

“3. Por ser presunta la falla del servicio -dice el honorable Consejo de Estado- ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración”.

“4. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad” (Jurisprudencia y Doctrina, 1989, p. 737).

“En este orden de ideas, se tiene que mediante las pruebas aportadas al proceso se ha evidenciado que el agente de la policía tantas veces mencionado, obró en legítima defensa, lo que significa, que existe una causal exonerativa de responsabilidad para la Administración, que debe ser reconocida por esta Sala.

“Conforme puede apreciarse, no existe prueba suficiente que demuestre que la muerte violenta del señor Manzano Meza, se produjo en la forma y circunstancias de que da cuenta la demanda.

“Como bien lo hace notar el señor Fiscal 2º de la Corporación, apenas si uno de los testigos, el señor Hermógenes García Hernández, depone sobre los hechos.

“Sí, bien es cierto que, un sólo testimonio si se atempera a las exigencias legales, puede llegar a constituir plena prueba del hecho o hechos que se pretenda demostrar, en el asunto de estudio dicha deposición aparece desvirtuada con las pruebas practicadas en el informativo disciplinario adelantado contra el inculpado Serafín Torres Guerrero, que terminó con la exoneración de toda responsabilidad para el agente antes mencionado.

“De acuerdo con lo que obra en dicho expediente, fue el occiso el que atacó con una peñilla al agente, causándole varias heridas, cuando este último trató de evitar que el primero agrediera a Pedro Angel Murillo, quien era su hijastro y a quien perseguía, debiéndose refugiar en la casa de propiedad de la señora Plácida Lerma.

“En cuanto a las heridas sufridas por el tantas veces citado agente, éstas aparecen evidenciadas con el reconocimiento médico-legal visible a folio 22 del cdno. 2.

“Comparte la Sección el criterio expuesto por el señor Fiscal 2º del Tribunal cuando expresa ‘las razones que expone el demandante para que se de la falla o falta en el servicio es que el policial no tenía ninguna necesidad de disparar contra Manzano Meza, pues aunque éste hubiera querido utilizar el arma corto-contundente que portaba, ningún peligro ofrecía al agente de la policía, por la distancia a que se encontraba que eran 15 metros, lo cual se deduce de la diligencia de necropsia en la cual se dice que no hubo tatuaje ni anillo de contusión en el orificio de entrada del proyectil. Que solo la arrogancia y prepotencia del policial fue lo que lo llevó a disparar contra el occiso”.

“Nada más alejado de la realidad fáctica de la ocurrencia de los hechos, puessi analizamos el proceso disciplinario adelantado contra el policial que dio muerte a Manzano Meza, nos encontramos con que éste perseguía a un hijastro con un machete y que por eso fue la intervención del policial, es decir, que no fue por cuestiones de dinero que disgustaron, como se dice en el testimonio que obra en este proceso. Además en el testimonio de Pedro Angel Murillo (hijastro del occiso), se dice que Manzano Meza decía que no entregaba el arma, después de la intervención del policía”.

“Por otra parte se tiene que el policía Serafín Torres Grueso sí fue herido con arma cortante, como se desprende del informe que obra a folio 3 del segundo cuaderno, y del que obra a folio 23 del mismo cuaderno, en donde se señala las heridas sufridas por el agente Torres Grueso”.

“Igualmente es bueno aclarar que la no presencia de tatuaje y anillo de contusión en el orificio de entrada del proyectil no indica que el disparo fue hecho a más de 15 metros, porque estas señales sólo quedan cuando el disparo es hecho a un metro de distancia. Así lo explica el doctor José María Garavito Baraya en su obra ‘Aplicaciones de la Ciencia a Investigaciones Forenses’, página 500, cuando dice: ‘El tatuaje indica que el disparo fue hecho a muy corta distancia, menor de 1 metro, y que el orificio donde se encuentra corresponde al de entrada’. Y la contusión o anillo de contusión, sólo se observa cuando el disparo es hecho a menos de 50 centímetros o a una distancia que es el doble de largo del cañón del arma. Así lo anota el tratadista César Augusto Giraldo G., en su libro ‘Medicina Forense’, página 61 cuando expresa: ‘Dependiendo de la distancia, es de gran importancia observar si existen granos de pólvora sin combustionar, lo que constituye el tatuaje que se deposita en la periferia del orificio de entrada: se ha dicho que el tatuaje se observa en disparos a menos

SECCION TERCERA

de 50 cms., en armas de cañón corto, y a una distancia un poco mayor en armas de cañón largo; parece que una buena medida es considerar como límite máximo para la observación del tatuaje el doble de la longitud del cañón del arma...’.

“Por su parte el honorable Consejo de Estado analizando las normas que conforman el Código Nacional de Policía, Decretos-ley 1355 de 1970 y 522 de 1971 que lo modifica y la Resolución número 00168 de 1961 -Reglamento de vigilancia urbana y rural- que sirven de fundamento a la demanda expresa: ‘De los preceptos anteriormente citados, se observa que sin (sic) primordial de las autoridades de policía es, entre otros, la salvaguardia de su vida de los asociados. Dicha protección y Salvaguarda de la vida de los administrados es un principio jurídico, que campea afortunadamente dentro de nuestra normatividad nacional’.

“Però si bien es cierto que la protección de la vida de los asociados es obligación fundamental del Estado, también lo es que la protección a que están obligadas las autoridades de Policía, tiene límites jurídico-legales. Porello, el artículo 74 de la Resolución 00168 de 1961 (Reglamento de servicio de vigilancia urbana y rural), estatuye en su literal a), que los agentes del orden pueden ejercitar el derecho de legítima defensa establecida para todos los ciudadanos de la República. Normas de este talante, continúan dentro del espíritu de protección a la vida que campea en la Constitución Nacional. Así, la legítima defensa, de configurarse realmente, se constituye en un límite a la obligación de protección a la vida que está a cargo de las autoridades de la República” (Extractos de Jurisprudencia I, VII, p. 262) (fls. 144-151, cdno. 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 162 del cuaderno número 1, obra el escrito en que el apoderado de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

“4. La demandada no ha probado en autos causal alguna de exoneración de su responsabilidad:

“En efecto, señores Consejeros: La demandada no ha probado en autos, si es que estaba en posibilidad de hacerlo, causal alguna que la exonere de toda responsabilidad, como serían: La fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa de la víctima.

“Al tenor de la prueba obrante en autos, de las circunstancias que rodearon los hechos en que el agente quitó la vida al señor Manzano Meza, mediante disparo de su arma de dotación oficial, es obvio que no se produjo ninguna de las causales de exoneración de responsabilidad de la administración, antes relacionadas.

Y en materia de culpa de la víctima, que no la hubo en el presente caso, dado que el agente mató, al señor Manzano Meza, de un fatal disparo, mientras la víctima le pedía que no lo matara ‘porque no le estaba haciendo nada’, y mientras tenía en su cintura o pegado a ella su machete o peñilla, la jurisprudencia administrativa no ha sido tan laxa, sino por el contrario, muy exigente en su demostración o prueba.

“En varios y repetidos fallos, y muy recientes por cierto, muy nuevos, la honorable Sección Tercera, como tenía que saberlo el honorable Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, ha sostenido lo siguiente:

“5. El hecho o culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

“En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandante, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima; *sin embargo, estima la Sala oportuno recordar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente el hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva la exoneración de la administración.* Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte, uso de armas, la culpa de la víctima jugaría un papel eximente sólo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar, legítimamente, dicha arma” (fls. 187-188, cdno. 1).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el tribunal, por las razones que más adelante se explicarán.

En el caso *sub examine* no hay espacio para la duda que impida concluir que es cierto que el Agente de la Policía señor Serafín Torres Grueso, con arma de dotación oficial Galil número 8-1952784, Cal. 7.62, dio muerte al señor

SECCION TERCERA

José Vicente Manzano, el día catorce (14) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Esta verdad encuentra apoyo en el Informe que el Comandante de la Sub Estación Bajo Calima rindió al Comandante de la Primera Estación, ese mismo día (C. 2, fl. 3), en el cual y en lo pertinente, se lee:

“A las 02:30 horas, aproximadamente se presentó el Agente Torres Grueso Serafín, el cual estaba herido e informó: que un individuo lo había atacado con un machete, al tratar de impedir que el sujeto del machete, matara a otro individuo el cual emprendió la huida, el agente Torres Grueso Serafín, recibió heridas en el hombro izquierdo, brazo y pierna del mismo lado. El agente antes mencionado afirmó, que al verse herido y en condiciones inferiores procedió a hacer uso de su arma de dotación oficial, Galil número 8-1952784 C. 7.62, dándole de baja al sujeto de nombre José Vicente Manzano de 38 años aproximadamente, con cédula de ciudadanía número 10551998 de Puerto Tejada (Cauca), soltero alfabeto, sin mas datos, propinándole una herida en la cien izquierda con orificio de salida en el segmento parietal. El agente Torres Grueso Serafín, fue trasladado a la droguería de turno de esta localidad, para hacerle la curación correspondiente; conocido el caso por los agentes Carmona Hurtado Walter y Sanclemente Gamboa Abelardo y el suscrito” (fl. 3, C. 2).

A todo lo anterior se agrega que, el mismo sindicado, al hacer sus descargos ante la Oficina de Inspección y Vigilancia el Séptimo Distrito, destacó:

“...Como a las 02:20 horas que cesó un poco la lluvia me enrumbé hacia mi habitación y más o menos a una cuadra del cuartel en un sector bastante oscuro observé cuando un individuo perseguía a otro con una arma cortopunzante con el fin de causarle daño en su salud y el que huía pedía auxilio y decía que no lo fuera a matar y como el hecho ocurría a una distancia de unos 30 metros emprendí carrera tras del agresor le grité que de parte de la policía detuviera la carrera y lanzara el arma al suelo y con la linterna le enfoqué y trate de que me identificara como agente y dicho individuo al observarme dijo que no comía de policía y que esa noche tenía que matar a alguno que no importara quien fuera y de inmediato se lanzó contra mi enfurecidamente y con el arma que él portaba me alcanzó a causar dos heridas en el hombro izquierdo, al igual que otra herida abierta del brazo del mismo lado, en ese instante retrocedí tratando de defenderme pero me caí al perder el equilibrio en una cantidad de barro de una chamba que habían abierto para el acueducto, es decir, el barro era el sobrante, lo que mi agresor aprovechó para seguirme atacando y al

defenderme con las piernas me propinó tres heridas mas en el muslo izquierdo, entre ellas, una herida abierta y dos rayones y al observar que me iba a continuar rematando opté por encontrar el fusil que portaba de la posición que me encontraba y al dispararlo por una sola vez vi cuando él se fue de bruces y cayó al suelo y al pararme lo revisé y no se movía y al observar sangre pensé que se encontraba herido y salí para el cuartel a informar lo sucedido y prestarle el auxilio que fuera necesario, inmediatamente se le informó a mi cabo y acto seguido regresamos al lugar del hecho...” (fl. 20, cdno. 2).

Así las cosas, el marco de discrepancia se centra en definir si en puridad de verdad es de recibo la tesis del *a quo* cuando predica que en el caso en comento “*el agente de la policía tanta veces mencionado, obró en legítima defensa, lo que significa que existe una causal exonerativa de responsabilidad para la administración...*” (destacado de la Sala);

b) Al folio 22 del cuaderno número 2, obra el dictamen médico rendido por el doctor David Benítez Rodríguez, al servicio de la Institución Policiva, en el cual se lee:

“El agente Torres Grueso Serafín, asistió (hoy) el día 17 de agosto de 1988 a consulta médica por haber sufrido lesiones personales con arma cortante, el día 14 del presente mes y año. Se le encontró heridas en la parte superior del hombro izquierdo en número 2 de 2.0 x 0.2 mm. de longitud y amplitud respectivamente; en siio (sic) de brazo izquierdo cara externa tercio medio, de 5 cm. x 0.5 cms. longitud, amolitud (sic) profundidad respectivamente, la cual requirió sutura en seis (6) puntos en uno sólo plano con seda 3-0 dicha región lesionada se encuentra edematizada con signos de inflamación, y secreción de material purulento de moderada cantidad, se realiza drenaje de ésta y aplicación de antibióticos IM: Tetanol, Am. p...im. la cual requiere incapacidad” (fl. 22, cdno. 2).

A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador encuentra que el caso *sub examine* no permite concluir *prima facie*, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y, por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la que resulta proporcionada a la agresión. En ningún caso bendice o patrocina los excesos. Por ello el profesor Alfonso Reyes Echandía, en su obra “Derecho Penal, Parte General. Editorial Temis”, enseña:

SECCION TERCERA

“La correspondencia entre defensa y agresión *debe subsistir tanto en relación con los medios empleados, como respecto de los bienes puestos en juego. Esta proporción, en todo caso, no ha de entenderse en forma abstracta y de manera absoluta; es necesario determinar concretamente cuándo la defensa de un determinado bien o el empleo de cierto instrumento, justifican el sacrificio del interés perteneciente al agresor.* En todo caso la valoración judicial de esta adecuación ataque-defensa, aunque obviamente se realiza *ex post facto*, requiere por parte del funcionario que deba calificarla un juicio *ex ante*, vale decir, un esfuerzo mental que lo sitúe idealmente en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas” (Obra citada, p. 170) (Destacado de Sala).

Dentro de la misma perspectiva discurre el profesor Juan Fernández Carrasquilla, cuando predica:

“En cuanto a los bienes en conflicto, *la proporcionalidad es la misma necesidad de la defensa. El agredido sólo está autorizado para causar el menor mal posible en las circunstancias del caso, de ningún modo para el ‘revanchismo’, y esto quiere decir que ha de dirigir su reacción contra el bien menos importante del agresor dentro de los que es necesario lesionar, conservando la utilidad de la defensa para suprimir el peligro de la agresión. Así, si es suficiente con matar al perro azulado, no se tolerará la lesión corporal de quien lo incita; si lesionar es suficiente, no se permitirá matar; si basta con asustar o amedrentar, no se toleran lesiones o muerte...*” (Derecho Penal Fundamental. Volumen II. Temis, pp. 337 y ss.).

Haciendo el esfuerzo mental que el tratadista citado demanda para hacer la valoración de las distintas circunstancias del caso, el *ad quem* encuentra que la conducta del agente homicida excedió los límites de la legítima defensa. Si el occiso portaba un simple machete o peinilla, no se la debía atacar con fusil Galil y mucho menos dispararle a la cabeza. En el acta de necropsia se destaca que el orificio de entrada se registró en región temporal izquierda y el de salida en la occipital izquierda. Por ello hubo laceración encefálica y fractura de temporal, frontal, parietal y occipital izquierdos, como se lee en el citado documento (C. 2, fl. 25). Pero es más: La valoración de la realidad fáctica exige, igualmente, que el juez aprecie las condiciones subjetivas de las personas comprometidas en el conflicto, pues la comunidad demanda que la autoridad policiva esté especialmente educada y preparada para hacerle frente a situaciones con el universo que tiene la que se estudia. Ella no puede acudir a excesos como los que ahora se deploran. Los que infringen la ley deben ser

sometidos en la forma mas razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas. La ley y los reglamentos de la policia señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos jurídico muy claros. En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

La administración, cualquier que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo *Sagrado e inviolable*, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el *principio de proporcionalidad*, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre. La autoridad no es en su contenido social, *una fuerza física*. Los integrantes de la fuerza pública deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijeron Tomas y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre;

c) Habida consideración de que la víctima, se enfrentó al agente Serafín Torres Grueso, y lo hirió, se impone concluir, a la luz de la ley y el derecho, que el daño se causó por la *conurrencia de dos conductas ilícitas*, por lo cual cada una de ella debe reparar el daño que causa. En el caso *sub examine* el *ad quem* encuentra que no obstante que el señor José Vicente Manzano fue muerto, y el agente sólo herido, sin mayor gravedad, la conducta antijurídica tiene igual universo de gravedad, pues la ciudadanía debe saber también que la fuerza pública merece respeto, obediencia y acato. Cualquier ataque a la integridad física de sus miembros debe ser severamente sancionada y no puede convertirse en fuente pena de obligaciones para el Estado, cuando sus agentes exceden los límites de la legítima defensa, por las razones ya anotadas.

La realidad que se deja expuesta lleva al *ad quem* a definir que la administración debe reparar el daño causado sólo en un cincuenta por ciento (50%);

d) Los demandantes demostraron estar legitimados por activa, pues Jazmín Cecilia, María Cristina y Juan Carlos Manzano Caicedo, hijos, fueron reconocidos por su padre, en legal forma. Se probó, igualmente, que Pascuala Caicedo era la compañera permanente del finado, con la cual dijo haber tenido los hijos antes relacionados. Así se desprende de las respectivas actas de nacimiento de los mismos.

SECCION TERCERA

Por todo lo anterior, se condenará a la Nación-Ministerio de Defensa -Policía Nacional, a pagar, por concepto de perjuicios morales, las cantidades de oro que a continuación se indican y a las personas relacionadas:

A Pascuala Caicedo (compañera permanente) quinientos (500) gramos de oro fino.

A Jazmín Cecilia, María Cristina y Juan Carlos Manzano Caicedo (hijos) quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno.

Las cantidades de oro se cubrirán con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

Se condenará igualmente, al pago de los perjuicios materiales, causados a las personas en antes citadas. La liquidación la hace la Sala siguiendo las siguientes pautas:

Primera. Se ha tomado en consideración el salario mínimo vigente para el año de 1988, pues la prueba testimonial recepcionada no tiene fuerza de convicción para demostrar el real ingreso mensual del de cujus. Así, los declarantes Neftalí Asprilla Arboleda y Arcadio Lozano Largacha, afirman que no saben cuánto ganaba el finado, mientras que Angel María Largacha, habla de setenta mil pesos (\$70.000.00), pero manejando suposiciones que no son de recibo.

Segunda. Del monto mensual de ingresos se ha descontado un veinticinco por ciento (25%) que es la suma que se estima que la víctima destinaba para atender a su congrua subsistencia.

Tercera. El setenta y cinco (75%) por ciento restante se divide en cuatro partes iguales, así: una cuarta parte para la compañera permanente y se liquida hasta el momento en que el último de sus hijos menores cumpla los 18 años. Las otras tres partes se distribuyen entre los tres hijos por igual. Se les indemniza hasta el momento en que cada uno de ellos cumpla la mayoría de edad.

Cuarta. Se ha actualizado la condena siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales fijadas por la Sala. Se han distinguido dos períodos:

a) El vencido consolidado que corre desde el 14 de agosto de 1988 y va hasta el 31 de enero de 1993 y el futuro que se cuenta desde el primero (1º) de febrero de 1993 y va hasta los distintos momentos en el tiempo físico que ya se indicaron, ora para la compañera permanente, ora para los hijos.

Con las anteriores previsiones la liquidación quedará así:

1º. Salario mínimo 1988 \$25.637.40 (Decreto 0254 de 1987).

2º. 75% del salario \$19.228.05.

3º. 50% reducción expuesta en el literal c) de los considerandos de este proveído \$9.614.02.

4º. Se actualiza de conformidad con la fórmula aceptada por la jurisprudencia para este efecto.

$$Ra = \$9.614.02 \cdot 273.52$$

$$\frac{\quad}{94.00}$$

$$Ra = \$27.974.76.$$

$$Ra = \text{Para Pascuala Caicedo } \$6.993.69.$$

$$Ra = \text{Para cada uno de los hijos } \$6.993.69.$$

5º. Se calculan dos períodos:

a) *Vencido o consolidado*: transcurre desde el 14 de agosto de 1988, y va desde el 31 de enero de 1993.

Para obtener la indemnización vencida, se aplica la fórmula:

$$S = Ra (1 + i)^n - 1$$

$$\frac{\quad}{i}$$

$$S = \$27.974.76 (1 + 0.004867) 43.53 - 1$$

$$\frac{\quad}{0.004867}$$

$$S = \$1.694.975.12.$$

$$S = \text{Para la señora Pascuala Caicedo } \$423.743.78.$$

$$S = \text{Para cada hijo: } \$423.743.78.$$

b) *Futuro o anticipado*: Para obtenerlo se aplica la fórmula:

$$S = Ra (1 + i)^n - 1$$

$$\frac{\quad}{i(1+i)^n}$$

SECCION TERCERA

Para Pascuala Caicedo y María Cristina Manzano Caicedo, transcurre desde el 1º de febrero de 1993, hasta el día 18 de noviembre del año 2001, vale decir:

$$N= 105.6 \text{ meses}$$

Para Pascuala se toma $Ra= \$6.993.67$ y se reemplaza en la fórmula:

$$S= \$6.993.67 (1 + i)^{105.6} - 1$$

$$\frac{\quad}{0.004867 (1 + i)^{105.6}}$$

$$S= \$6.993.67 \cdot 0.6698807805$$

$$\frac{\quad}{0.008126954}$$

$$S= \$576.404.73.$$

Para María Cristina:

$$S= \$6.993.67 \times 82.41806287 = \$576.404.73$$

3. Para Juan Carlos:

Transcurre desde el 1º de febrero de 1993 hasta el 16 de agosto de 1997 vale decir, $n = 54.53$

Reemplazando en la fórmula tenemos:

$$S= \$6.993.67 (1 + i)^{54.53} - 1$$

$$\frac{\quad}{0.004867 (1 + i)^{54.53}}$$

$$S= \$6.993.67 \cdot 0.303110049$$

$$\frac{\quad}{0.006342236}$$

$$S= \$334.243.57.$$

Para Jazmín Cecilia: Transcurre desde el 1º de febrero de 1993 hasta el 18 de agosto de 1995, para $n = 30.6$

$$S= 6.993.67 (1 + i)^{30.6} - 1$$

$$\frac{\quad}{0.004867 (1 + i)^{30.6}}$$

S= \$6.993.67 x 0.160172789

0.00564656

S= \$198.385.50.

Resumen indemnizaciones:

Para la señora Pascuala Caicedo	\$1.000.148.51.
Para María Cristina Manzano Caicedo	\$1.000.148.51.
Para Juan Carlos Manzano Caicedo	\$757.987.35.
Para Jazmín Cecilia Manzano Caicedo	\$622.129.28.
Total indemnizaciones perjuicios materiales	\$3.380.413.65.

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

FALLA:

1º. *Revócase* la sentencia calendada el día primero (1º) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, y en su lugar

RESUELVE:

a) *Declárase* que la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional, es administrativamente responsable de la muerte del señor José Vicente Manzano, ocurrida el día catorce (14) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dentro del marco de circunstancias que se han dejado relatadas a lo largo de esta sentencia;

b) Como consecuencia de la declaratoria anterior, *condénase a la Nación - Ministerio de Defensa-Policía Nacional*, a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades de oro y a las personas que se enlistan:

A Pascuala Caicedo (compañera permanente), quinientos (500) gramos de oro fino.

A Jazmín Cecilia, María Cristina y Juan Carlos Manzano Caicedo (hijos), quinientos gramos (500) de oro fino para cada uno.

SECCION TERCERA

Las cantidades de oro se cubrirán con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia, según certificación que sobre el partícula expida el Banco de la República.

Condénase igualmente, a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, las sumas que a continuación se detallan y a las personas relacionadas:

A Pascuala Caicedo (compañera permanente), la suma de un millón ciento cuarenta y ocho mil pesos con cincuenta y un centavos (\$1.000.148.51) moneda corriente.

A Jazmín Cecilia Manzano Caicedo, la suma de seiscientos veintidós mil ciento veintinueve pesos con veintiocho centavos (\$622.129.28) moneda corriente;

A María Cristina Manzano Caicedo, la suma de un millón ciento cuarenta y ocho mil pesos con cincuenta y un centavos (\$1.000.148.51) a Juan Carlos Manzano Caicedo, la suma de setecientos cincuenta y siete mil novecientos ochenta y siete pesos con treinta y cinco centavos (\$757.987.35) moneda corriente;

c) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda;

d) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C. C. A. Para ello se deberán expedir las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

2º. Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA / CADUCIDAD

En el caso examinado, el término de caducidad debe contarse desde cuando los demandantes fueron absueltos por la justicia penal de los cargos formulados por las Empresas Municipales, por cuanto, la absolución “es la que le da entidad a la petición de resarcimiento, pues de haber concluido el proceso penal con sentencia condenatoria, nada podría reclamar fundado en la privación de la libertad, ni en la suspensión del cargo”.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expedientes números 7407 - 7399

Demandada: Empresas Municipales de Cúcuta.

Actores: Alfredo Rincón López, Paulo Emilio Torres Salazar.

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por las partes actoras contra las sentencias de 20 de febrero de 1992, proferidas por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, mediante las cuales declaró probada, en cada caso, la excepción de caducidad y negó las súplicas de las demandas.

I. ANTECEDENTES:

1. Las demandas

a) En escrito presentado el 12 de octubre de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, los señores Paulo Emilio Torres Salazar, Carmen Cecilia Rodríguez de Torres, Javier Orlando Torres Rodríguez y Juan Carlos Torres Rodríguez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, formularon demanda contra las Empresas Municipales de Cúcuta, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

SECCION TERCERA

“Primera. Que las Empresas Municipales de Cúcuta, son administrativamente responsables del daño causado al señor Paulo Emilio Torres Salazar a consecuencia de la denuncia instaurada contra éste de carácter penal por el delito de peculado, a consecuencia de la cual no sólo le fue cancelado el contrato de trabajo que tenía el mismo con las Empresas Municipales de Cúcuta, sino que fue privado de su libertad en la Cárcel Nacional Modelo de Cúcuta.

“Segunda. Que como consecuencia de la declaración precedente la demandada está obligada a pagar a cada uno de los actores Paulo Emilio Torres Salazar, Carmen Cecilia Rodríguez de Torres, Javier Orlando Torres Rodríguez y Juan Carlos Torres Rodríguez, por concepto de perjuicios morales subjetivos, una suma de dinero equivalente a un mil gramos de oro de acuerdo al precio que para este metal certifique o informe el Gerente del Banco de la República en la fecha del fallo o liquidación.

“Tercera. Que la demandada está obligada a pagar en favor de Paulo Emilio Torres Salazar, Carmen Cecilia Rodríguez de Torres, Javier Orlando Torres Rodríguez y Juan Carlos Torre Rodríguez, por concepto de perjuicios patrimoniales o materiales la suma de dinero que se pruebe en este proceso, incluido el incidente de regulación de perjuicios si él se hiciera indispensable, teniendo en cuenta el daño emergente y el lucro cesante y haciendo en los ingresos del actor, los incrementos que tienen ordenados la jurisprudencia administrativa, así como también la actualización necesaria a raíz de la constante y grave devaluación que sufre nuestra moneda nacional.

“La indemnización se dividirá en dos períodos: a) La indemnización debida o consolidada, y b) La indemnización futura o anticipada, y ambos períodos afectados por la actualización de rigor.

“Cuarta. La demandada pagará a cada uno de los demandantes la suma o cantidad de dinero que el fallo ordene, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984 del C. C. A.

“Quinta. La demandada está obligada a pagar el valor de los costos de este proceso.

“Sexta. La demandada está obligada a pagar a los demandantes sobre las sumas de dinero a que obligue el fallo, los intereses ordenados por el inciso 5º del artículo 177 del Decreto 01/84 C. C. A.”;

b) El 13 de diciembre de 1989 los señores Alfredo Rincón López y Marina Rodríguez de Rincón, en su nombre y además en representación de sus

menores hijos Yaira Lizett, Diego Alfredo y Julián Jesús Rincón Rodríguez, también en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del C. C. A., formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en contra de las Empresas Municipales de Cúcuta, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que las Empresas Municipales de Cúcuta, son administrativamente responsables del daño causado al señor Alfredo Rincón López, a consecuencia de la denuncia instaurada contra éste por el delito de peculado, lo que le implicó no sólo la cancelación del contrato de trabajo que tenía el mismo con las Empresas Municipales de Cúcuta, sino además, el tener vigente una orden de captura impartida por el Juzgado a quien correspondió el conocimiento de dicha denuncia.

“Segunda. Que como consecuencia de la declaración precedente, la demandada está obligada a pagar a cada uno de los actores Alfredo Rincón López, Marina Rodríguez de Rincón, Yaira Lizett Rincón Rodríguez, Diego Alfredo Rincón Rodríguez y Julián Jesús Rincón Rodríguez, por concepto de perjuicios morales subjetivos, una suma equivalente a un mil gramos oro de acuerdo al precio que para este metal certifique o informe el Banco de la República en la fecha del fallo o liquidación.

“Tercera. Que la demandada está obligada a pagar en favor de Alfredo Rincón López, Marina Rodríguez de Rincón, Yaira Lizett Rincón Rodríguez, Diego Alfredo Rincón Rodríguez y Julián Jesús Rincón Rodríguez, por concepto de perjuicios patrimoniales o materiales, la suma de dinero que se pruebe en este proceso, incluido el incidente de regulación de perjuicios si éste se hiciere indispensable, teniendo en cuenta el daño emergente y el lucro cesante y haciendo en los ingresos del actor, los incrementos que tiene ordenados la jurisprudencia administrativa, así como también la actualización necesaria a raíz de la constante y grave devaluación que sufre nuestra moneda nacional; la indemnización se dividirá en dos períodos: a) La indemnización debida o consolidada, y b) La indemnización futura o anticipada y ambos períodos afectados por la actualización de rigor.

“Cuarta. La demandada pagará a cada uno de los demandantes la suma o cantidad de dinero que el fallo ordene, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984.

“Quinta. La demandada está obligada a pagar el valor de las costas de este proceso.

SECCION TERCERA

“Sexta. La demandada está obligada a pagar a los demandantes sobre las sumas de dinero a que obligue el fallo, los intereses ordenados por el inciso 5º del artículo 177 del Decreto 01/84”.

2. *Fundamentos de hecho*

Aparecen relacionados en las respectivas demandas. La Sala los resume así:

1º. Paulo Emilio Torres Salazar y Alfredo Rincón López laboraron en las Empresas Municipales de Cúcuta, hasta cuando esta entidad, mediante las Resoluciones 934 de 28 de noviembre de 1984 y 012 de 1º de febrero de 1985, respectivamente, dieron por terminado unilateralmente el contrato de trabajo de cada uno de ellos, acusándolos de un supuesto delito de peculado.

2º. Las Empresas Municipales de Cúcuta formularon las respectivas denuncias penales por el punible mencionado. lo que originó la detención preventiva de Torres Salazar y la orden de captura contra Alfredo Rincón López, a quien las autoridades no pudieron hacérsela efectiva.

3º. Mediante providencias del 4 de agosto de 1988 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, se absolvió a Rincón López y en decisión del 23 de febrero de 1988 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta se dispuso la cesación de procedimiento. La primera sentencia fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta.

4º. La defensa ante los jueces penales les implicó a los afectados el pago de honorarios profesionales por valor de \$300.000 cada uno.

5º. La situación de los demandantes fue publicitada por distintos medios informativos de la ciudad de Cúcuta, lo cual repercutió directamente en los acusados y consecuentemente en sus esposas e hijos. Además, privados de los ingresos laborales, fueron seriamente afectados económicamente, con repercusión en todas sus actividades sociales, educativas y personales.

3. *Actuación procesal*

Al notificarse el representante legal de las Empresas Municipales de Cúcuta del auto admisorio de cada demanda, en uno y otro proceso, por conducto de apoderado dio contestación a los libelos expresando su oposición a las peticiones en éstos contenidas. Propuso además como excepciones, la incapacidad e indebida representación del demandado, la falta de competencia del Tribunal para conocer de los procesos por cuanto la relación de los

actores con la entidad demandada fue de carácter laboral derivada de un contrato de trabajo lo que implicaba acudir ante esa jurisdicción y, por último, la caducidad de la acción por haber transcurrido más de dos años desde cuando se produjo la separación de los demandantes.

Al momento de alegar de conclusión la parte actora guardó silencio en uno de los procesos, en el otro, o sea, en el de Alfredo Rincón López en breve escrito reitera las pretensiones demandatorias. El Fiscal del Tribunal conceptuó en ambos procesos para pedir la declaración de caducidad de las acciones.

4. *Las sentencias apeladas*

Razonó el *a quo* en el sentido de que entre el hecho de la denuncia (5 de junio de 1985) y la presentación de la demanda (12 de octubre de 1989), para el caso de Paulo Emilio Torres Salazar; y entre el 5 de junio (fecha de la denuncia), y el 13 de diciembre de 1989 (presentación de la demanda), para el caso de Alfredo Rincón López, había transcurrido un lapso superior en cada asunto a los dos años de que habla el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A., para el ejercicio de la acción de reparación directa. Consecuencialmente, en ambos procesos declaró la caducidad de la acción.

5. *La apelación*

La parte actora apeló de las decisiones anteriores porque "sólo cuando la justicia penal profirió su fallo... fue cuando se configuró la falla en el servicio, por ende, la caducidad sólo puede configurarse a partir de dicho fallo y no antes".

Por auto de 17 de junio de 1992 se dispuso en esta Corporación la acumulación de los dos procesos mencionados.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir, que los fallos recurridos la Sala habrá de revocarlos para, en su lugar, hacer un estudio de cada demanda y decidir de fondo sobre los planteamientos y peticiones de cada una.

Con respecto a la caducidad de la acción, el texto del inciso 4º del artículo 136 del C. C. A., es lo suficientemente claro para consagrar el término de caducidad de dos años en el ejercicio de la acción de reparación directa. No se encuentra, sin embargo, igualmente claro desde qué momento dicho término empieza a correr cuando, como en el *sub judice*, existe de por medio una decisión penal que define la responsabilidad también penal de los demandantes. En otras palabras, corresponde decidir si el término de caducidad

SECCION TERCERA

empieza a contarse desde cuando se denunció penalmente a los actores o desde la fecha de la sentencia o providencia que definitivamente absolvió a los acusados.

El tema no ofrece inconveniente alguno cuando el hecho que origina el eventual perjuicio es de aquellos de ocurrencia o integración instantánea. La dificultad surge cuando el supuesto evento dañoso se proyecta indefinidamente en el tiempo, tal como sucedió precisamente en el *sub lite*, donde los efectos de la denuncia pretérita solo se determinaron cuando el juez penal decidió definitivamente sobre los hechos denunciados.

En el caso examinado estima la Sala que el término de caducidad debe contarse desde cuando los demandantes fueron absueltos por la justicia penal de los cargos formulados por las Empresas Municipales de Cúcuta, por cuanto, como se sostuvo en sentencia de 1º de agosto de 1985, en el proceso número 3335, de Guillermo Angulo González, la absolución "es la que le da entidad a la petición de resarcimiento, pues de haber concluido el proceso penal con sentencia condenatoria, nada podría reclamar fundado en la privación de la libertad, ni en la suspensión del cargo. Conclúyese de lo anterior que el hecho causante del daño lo constituye el conjunto o cadena de circunstancias que se consumaron con la declaratoria de inocencia de que fue objeto el doctor ..., y por lo tanto, la caducidad debe contarse desde el 7 de diciembre de 1978, cuando la Corte Suprema de Justicia definió la ausencia de responsabilidad penal...".

Con este mismo criterio considera la Sala que como entre las providencias absolutorias de cada uno de los acusados demandantes y la presentación de sus demandas no transcurrió un lapso superior a los dos años establecidos en el inciso 4º del artículo 136 como término de caducidad, no hay, por consiguiente, lugar a declarar probada dicha excepción. Consecuencialmente, se revocarán los fallos impugnados.

Definido lo anterior, entra la Sala al estudio del proceso con miras a establecer si efectivamente se presentó la falla del servicio alegada por los demandantes, la que, al parecer, la deducen de las denuncias penales instauradas por el representante legal del ente oficial demandado.

Para la Sala no le asiste razón a la parte actora respecto de la reclamación indemnizatoria basada en la falla del servicio por las denuncias que generaron los procesos penales, por cuanto al poner en conocimiento de la justicia penal la ocurrencia de los hechos punibles contra la Administración Pública, el funcionario denunciante no hizo nada distinto de darle estricto cumplimiento al

artículo 12 del Código Penal que consagraba el deber de denunciar en forma inmediata los hechos ilícitos de que tenga conocimiento. De otra parte, la omisión de ese deber de denunciar, por tratarse de un empleado oficial, le hubiera implicado, como sanción, la pérdida del empleo.

Se trataba, pues, de un expreso y obligatorio compromiso legal de informar a las autoridades penales sobre los hechos delictuosos que se presentaron en las Empresas Municipales de Cúcuta. Quien denunció, lo hizo ajustándose a expresas y precisas disposiciones de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal vigentes en la época de los hechos.

En las anteriores condiciones mal podría calificarse como falla del servicio el cumplimiento de un deber impuesto por la ley penal. Los dos conceptos resultan contrapuestos. No puede jurídicamente cuestionarse el cumplimiento del mandato legal porque este no puede ir contra la propia ley.

De otra parte, del contexto de las providencias penales aportadas como pruebas en este proceso, se deduce que fue una realidad la existencia de los delitos contra la Administración Pública, que los acusados, hoy demandantes, fueron vinculados y seriamente mantenidos como sindicados hasta una segunda calificación de los sumarios, circunstancias éstas que le permiten a la Sala comprender que en ningún caso fueron infundadas o temerarias las denuncias, sino que las mismas se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una obligación legal y con base en hechos de cuya ocurrencia no se dudó.

No se dio en el caso examinado un abuso del derecho por las denuncias referidas, por cuanto el ejercicio del derecho de denunciar no implicó comprometer la responsabilidad de la administración, si, como en el *sub judice*, se hizo con seriedad, buena fe y sobre hechos realmente sucedidos. En este orden de ideas resulta de aplicación al caso que se analiza, porque acompasa con los criterios de la Sala, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en el sentido de que “Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean de propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncia, no se procedió temerariamente y con torcidos fines” (Gaceta Judicial LIV bis, p. 207).

En las condiciones anteriormente relacionadas, ciertamente no cabe afirmar que en el *sub lite* se estructure una falla del servicio y la consiguiente responsabilidad administrativa de la entidad demandada, por cuanto, de una

SECCION TERCERA

parte, el comportamiento de esta última se ajustó estrictamente a derecho y, de otra, no se probó en alguna forma las supuestas fallas que los demandantes imputaron a las Empresas Municipales de Cúcuta, que bien pudieran calificarse dentro de la órbita del “abuso del derecho”.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para que se denieguen las súplicas de todos los demandantes.

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

FALLA:

Primero. *Revócanse* los numerales primeros de las sentencias apeladas, ambas de 20 de febrero de 1992, proferidas por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en los procesos, hoy acumulados, de Paulo Emilio Torres Salazar y otros, y, Alfredo Rincón López y otros, en cuanto declararon probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada.

Segundo. *Confírmense* los numerales segundos de las sentencias recurridas, pero por las razones contenidas en las motivaciones de este fallo.

Copíese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EXPROPIACION/LIQUIDACION DE CONDENA/RECURSO DE APELACION

El alcance del artículo 59 numeral 13 de la Ley 135/61 es bien claro cuando hace pasible de tal recurso el auto que resuelve la liquidación de condenas, que necesariamente tiene que hacer referencia a una de las providencias con mayor alcance que se dicta dentro del proceso de expropiación, como es la que fija el monto que debe ser pagado por las tierras.

EXPROPIACION/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La indemnización se ha fijado teniendo en cuenta el valor comercial de los bienes expropiados como equivalente a la compensación remuneratoria al demandado por todo concepto, como lo manda el numeral 16 del art. 59 de la Ley 135 de 1961. Lo único que se puede pagar es el valor comercial de los bienes. Todo lo relacionado con otros perjuicios, tiene necesariamente que debatirse por fuera del mismo. El Incora está pagando el valor comercial de los inmuebles, tal como lo ordena la ley, quedando la vía abierta para que el impugnante ejerza la acción de reparación directa por otros perjuicios, como lo autoriza el artículo 59 de la Ley 135 de 1961, num. 18.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Ref.: Expedientes número 7693.

Demandados: Alberto Cabrera Delgado, Wenceslao Nupan Montilla y otros.

Actor: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora.

SECCION TERCERA

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación y también el grado de consulta, de la providencia calendada el día once (11) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que en su parte resolutive,

DISPUSO:

“Primero. *Ordenar* la entrega material al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, de los bienes objeto de la expropiación determinados en las partes resolutivas de las sentencias fechadas el 8 de junio de 1982 y 28 de febrero de 1987 proferidas por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto y la calendada el 16 de agosto de 1983 emanada del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con la salvedad indicada en el numeral 1º de la parte resolutive.

“Para la práctica de esta diligencia se comisiona al juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo, Nariño, con amplias facultades. Al comisorio se adjuntará copias de las citadas providencias y de esta providencia a costa del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora.

“Segundo. *Ordenar* que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, pague a los demandados, a título de indemnización y de conformidad con las normas legales pertinentes, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

“1. Al señor Alberto Cabrera Delgado, identificado con cédula de ciudadanía número 1833919 de El Tambo o a quien demuestre ser derecho habiente del mismo, las siguientes sumas:

“a) Diez millones treinta y cinco mil ciento cuarenta y siete pesos con 50/100 (\$10.035.147.50) moneda corriente como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 1, suma que se discrimina así: nueve millones trescientos treinta y cinco mil ciento cuarenta y siete pesos con 50/100 (\$9.335.147.50) moneda corriente por el valor de la tierra y setecientos mil pesos (\$700.000.00) por mejoras introducidas en el predio;

“b) Catorce millones doscientos cincuenta mil pesos (\$14.250.000.00) moneda corriente, como propietario del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 3, suma que se discrimina así: doce millones cien mil pesos

(\$12.100.000.00) como valor de la tierra y dos millones ciento cincuenta mil pesos (\$2.150.000.00) por concepto de mejoras plantadas en el lote;

“c) Diez millones ochocientos mil pesos (\$10.800.000.00) moneda corriente como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 6, suma que se discrimina así: seis millones ochocientos mil pesos (\$6.800.000.00) moneda corriente, como valor de la tierra y cuatro millones de pesos (\$4.000.000.00) moneda corriente por concepto de mejoras plantadas en el predio.

“d) Cuatro millones cuatrocientos mil pesos (\$4.400.000.00) como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, por concepto del valor de la tierra.

“2. Al señor Wencislao Nupan Montilla, identificado con la cédula de ciudadanía número 5226955 de Buesaco o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000.00) moneda corriente como propietario de parte del lote distinguido con el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 1, suma que se discrimina así: un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.00) moneda corriente como valor de la tierra y trescientos mil pesos (\$300.000.00) moneda corriente por concepto de las mejoras introducidas al predio.

“3. A la señora Clemencia Cárdenas vda. de Hurtado, identificada con la cédula de ciudadanía número 27054067 de Pasto, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de quince millones cincuenta mil pesos (\$15.050.000.00) moneda corriente como propietaria del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 2, suma que se discrimina así: trece millones seiscientos cincuenta mil pesos (\$13.650.000.00) moneda corriente como valor de la tierra y un millón cuatrocientos mil pesos (\$1.400.000.00) moneda corriente por concepto de mejoras introducidas al predio.

“4. A los señores Jorge José Hurtado Díaz y Clementina Pantoja de Jaramillo identificados con las cédulas de ciudadanía números 1798960 de Pasto y 27200446 de El Tambo, respectivamente, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de catorce millones novecientos mil pesos (\$14.900.000.00) moneda corriente como propietarios del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma

SECCION TERCERA

Agraria, Incora, con el número 4, suma que se discrimina así: catorce millones cuatrocientos mil pesos (\$14.400.000.00) moneda corriente como valor de la tierra y quinientos mil pesos (\$500.000.00) moneda corriente por concepto de mejoras introducidas al predio.

“5. Al señor Eduardo de Jesús Hurtado Cárdenas, identificado con la cédula de ciudadanía número 12969616 de Pasto, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de trece millones cuatrocientos mil pesos (\$13.400.000.00) moneda corriente, como propietario del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 5, suma que se discrimina así: once millones cien mil pesos (\$11.100.000.00) moneda corriente como valor de la tierra y dos millones trescientos mil pesos (\$2.300.000.00) moneda corriente por concepto de mejoras introducidas al predio.

“6. A los señores Pedro Pablo Romo España y Sergio María Díaz, identificados con las cédulas de ciudadanía número 1835649 de El Tambo y 5250199 de El Peñol-El tambo, respectivamente, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de cinco millones novecientos mil pesos (\$5.900.000.00) moneda corriente como propietarios de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 6, suma que se discrimina así: cuatro millones ochocientos mil pesos (\$4.800.000.00) moneda corriente como valor de la tierra y un millón cien mil pesos (\$1.100.000.00) moneda corriente por concepto de mejoras introducidas al predio.

“7. A la señora María Clemencia Hurtado Cárdenas, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de once millones ciento setenta y dos mil quinientos pesos (\$11.172.500.00) moneda corriente como propietaria del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 7, suma que se discrimina así: ocho millones veintidós mil quinientos pesos (\$8.022.500.00) moneda corriente como valor de la tierra y tres millones ciento cincuenta mil pesos (\$3.150.000.00) por concepto de mejoras introducidas al predio.

“8. Al señor José Aureliano Muñoz López, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2.800.000.00) moneda corriente como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, suma que se discrimina así: dos millones de pesos (\$2.000.000.00) moneda corriente como valor de la tierra

y ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente por concepto de mejoras introducidas al predio.

“Esta suma de dinero será depositada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, a órdenes del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto en razón del embargo decretado por ese Juzgado dentro del proceso propuesto en contra de José Aureliano Muñoz López por María de Jesús Chávez de Muñoz, comunicado a la Oficina de Registro de II. PP. de este círculo mediante oficio número 546 del 9 de septiembre de 1980, registrado el 17 de septiembre del mismo año al folio de matrícula inmobiliaria número 240-0020205.

“9. A la señora Isaura Lasso de Muñoz, identificada con la cédula de ciudadanía número 37925171 de Santa María-Buesaco, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de un millón de pesos (\$1.000.000.00) moneda corriente como propietaria de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, suma que se discrimina así: quinientos mil pesos (\$500.000.00) moneda corriente como valor de la tierra y quinientos mil pesos (\$500.000.00) por concepto de mejoras introducidas al predio.

“10. Al señor Rómulo Gilberto Guevara Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1836283 de El Tambo-Nariño, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de un millón de pesos (\$1.000.000.00) moneda corriente como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, por concepto del valor de la tierra.

“11. Al señor Julio César Jaramillo Pantoja, identificado con la cédula de ciudadanía número 5250134 de El Peñol-El Tambo, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de nueve millones doscientos veintidós pesos (sic) (\$9.222.000.00) moneda corriente, como propietaria de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, suma que se discrimina así: dos millones de pesos (\$2.000.000.00) como valor de la tierra y siete millones doscientos veintidós (sic) pesos (\$7.222.000.00) moneda corriente por concepto de mejoras introducidas al predio.

“12. Al señor Rafael Buesaquillo, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de dos millones novecientos sesenta mil pesos (\$2.960.000.00) moneda corriente, por concepto de la casa de habitación de su propiedad y construida en el lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8.

SECCION TERCERA

“Tercero. Ordenar la cancelación del embargo decretado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto dentro del proceso adelantado por la señora María de Jesús Chávez de Muñoz, comunicadío mediante oficio número 546 del 9 de septiembre de 1980, a la Oficina de Registro de II.PP. de este Círculo y registrado el 17 de septiembre del mismo año a la matrícula inmobiliaria número 240-0020205.

“Oficiése esta determinación al señor Registrador de II.PP. de este lugar, para lo de su cargo”.

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

“Visto el informe secretarial que antecede y encontrándonos en la oportunidad legal es del caso proceder a decidir lo atinente a la entrega de los bienes y el pago de la indemnización por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, a los diferentes demandados con cuyo fin se realiza las siguientes:

“Consideraciones:

“1. Respecto del lote de propiedad del señor Luis Mariño Muñoz:

“En la etapa administrativa se ordenó la expropiación de los lotes 1, 3, 6 y 8 del predio denominado ‘Charguayaco’, situado en el corregimiento de El Peñol-Municipio de El Tambo-Nariño, mediante Resoluciones números 909 y 041 ambas del 28 de marzo de 1979, expedidas en su orden por la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, y la Junta Directiva del mismo Instituto.

“Con fundamento en dichas resoluciones se presentó la demanda de expropiación ante el Juzgado del conocimiento, en ese entonces Juzgado Civil de Circuito (reparto) de esta ciudad, libelo en el que solicita se decrete la expropiación por causa de utilidad pública e interés social de los referidos lotes los cuales se singularizan debidamente al igual que se hace en las resoluciones citadas antes.

“Tanto en las mentadas resoluciones como en el libelo demandatorio presentado ante el Juzgado Civil del Circuito (reparto) se incluyó como materia de la expropiación un lote de terreno de propiedad del señor Luis Mariño Muñoz, el cual se dice en la demanda y también se consigna en el certificado de Tradición y Libertad correspondiente, hace parte del lote número 8 del

predio Charguayaco, del cual se elaboró por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, el respectivo plano topográfico.

“El proceso de expropiación cuyo conocimiento, por reparto, correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de este lugar donde se radicó con el número 4523, se adelantó también contra el mencionado Luis Mariño Muñoz pero en su condición de propietario de una parte del lote que en el plano topográfico referido se distinguió con el número 8, habiéndose proferido sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora, el 28 de febrero de 1987, proveído en el que a más de decretar la expropiación solicitada, entre otros ordenamientos, dispuso que, en firme dicho fallo y cumplido su registro respecto a cada uno de los lotes expropiados se ordenará la entrega material de ellos a la demandante.

“En el dictamen pericial rendido dentro del incidente de objeción al practicado con el objeto de evaluar los bienes expropiados y sus mejoras, los señores peritos indicaron que la porción de terreno que en la actualidad ocupa el señor Luis Mariño Muñoz, en extensión de una hectárea y sobre la cual ha construido una casa de ladrillo de una planta cubierta de teja, con pisos en cemento, techo en madeflex, puertas y ventanas en madera, constante de tres (3) alcobas y cocina y una ramada anexa donde funciona un taller, no se encuentra comprendida dentro del lote que con el número 8 se distingue en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, y cuya expropiación se decretó razón ésta que llevó al despacho a ordenar se allegue los títulos de adquisición y con base en ellos se dispuso la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos a fin de determinar si en efecto hace parte o no del referido lote. Efectuada la inspección, a través de comisionado, se constató que, tal como lo exponen dichos peritos, la porción de terreno que ahora ocupa el señor Luis Mariño Muñoz y cuyo avalúo obra dentro del dictamen rendido por los señores Efrén Torres Rengifo y Hugo González I. (parte inicial del folio 384 del cdno. número 1), no hace parte del tantas veces citado lote número 8, por consiguiente no se ordenará su entrega ni el pago del valor del terreno y de las mejoras en él plantadas.

“2. A fin de determinar el valor de la indemnización que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, debe cancelar a los diferentes demandados y a causa de la expropiación se dispuso la emisión del respectivo dictamen pericial el cual fue rendido el 3 de mayo del año anterior y aclarado mediante escrito del 24 de junio del mismo año. Esta prueba fue objetada por error grave oportunamente por el apoderado de la mayoría de los deman-

SECCION TERCERA

dados argumentando que el valor asignado a la tierra, a las mejoras, al igual que las sumas de dinero fijadas por concepto de daño emergente (honorarios de abogados), no corresponden a la realidad y, en síntesis, tal como se ordenó en las sentencias que decretaron la expropiación, la indemnización debe ser plena, comprendiendo ella el valor de la tierra y sus mejoras y el perjuicio derivado del daño emergente y el lucro cesante. Para probar el error grave achacado al dictamen en mención solicitó el objetante que tenga como pruebas las que obran en el proceso y la práctica de un nuevo dictamen pericial ajustado a los puntos que en el escrito correspondiente señala.

“La parte actora a referirse a la objeción mentada expresa que el experticio se ajusta a derecho salvo el pronunciamiento que los señores peritos hacen sobre el daño emergente el cual no tiene cabida en el artículo 59, numeral 15 de la Ley 135 de 1961 y porque en las sentencias que decretaron la expropiación, los demandados fueron condenados al pago de las costas procesales en ambas instancias.

“Dentro del término probatorio del incidente de objeción al dictamen pericial se rindió un nuevo dictamen, del cual, puesto a disposición de las partes, no se solicitó ni aclaración ni complementación.

“Con el objeto de resolverse la objeción referida inicialmente es necesario precisar que el monto de la indemnización que debe cubrir la parte actora en favor de los distintos demandados se fijará de conformidad con lo preceptuado por el numeral 16, del artículo 59 de la Ley 135 de 1961 (modificado por los artículos 24 de la Ley 4ª de 1973 y el 25 de la Ley 30 de 1988) y que a la letra dice:

“Indemnización: Para determinar el monto de la indemnización el Tribunal tendrá en cuenta el valor comercial de los bienes expropiados como equivalente a la compensación remunerativa al demandado por todo concepto”.

“Como se ve la ley ha establecido como monto de la indemnización el equivalente al valor comercial de los bienes materia de la expropiación, sin que se tenga en cuenta otros factores, toda vez que si el propietario del bien estima que le asiste derecho a una prestación indemnizatoria adicional y que no corresponda al valor comercial del mismo, debe acudir ante el Tribunal donde se haya tramitado la expropiación, en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 86 del C. C. A. (reformado por el 16 del Decreto 2304 de 1989), a solicitar se ordene su cancelación, tal como lo establece el numeral 18 del mencionado artículo 59 de la Ley 135 de 1961.

“Y a fin de señalar dicho monto estima la Sala que el dictamen rendido por los señores Efrén Torres Rengifo y Hugo González I., mediante escrito presentado ante la Secretaría del Tribunal el día 19 de septiembre de 1991 y que obra a folios 376 y siguientes del cuaderno principal, es el que más se ajusta a la realidad y a lo dispuesto por el artículo 15 *ibidem* ya que en él los auxiliares de la justicia luego de exponer y analizar los diferentes factores que inciden en el valor tanto de la tierra como de las mejoras, separadamente establecen el monto de la indemnización en favor de cada uno de los demandados para lo cual tienen en cuenta la extensión, topografía y calidad de las diferentes porciones de terreno y las mejoras plantadas sobre ellas, ya se trate de construcciones o cultivos de carácter permanente o semipermanente.

“3. Como sobre la porción de terreno de propiedad del demandado José Aureliano Muñoz López y que hace parte del Lote número 8 del plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, cuya expropiación se decretó mediante sentencia del 28 de febrero de 1987 del Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, pesa un embargo decretado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso propuesto por María Jesús Chávez de Muñoz, en contra, comunicado a la Oficina de Registro de II.PP. de este Círculo mediante oficio número 546 del 9 de septiembre de 1980, registrado el 17 de septiembre de 1980 al folio de Matrícula Inmobiliaria número 240-0020205 y del cual no obra prueba alguna de que hubiese sido cancelado, se dispondrá que la suma de dinero que constituye el monto de la indemnización se deposite a órdenes del juzgado que decretó tal medida, para lo de su cargo.

“Igualmente se decretará el levantamiento de esa medida cautelar y la comunicación de esta determinación a la Oficina de Registro de II.PP., para la cancelación correspondiente” (fls. 139-143, cdno. número 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 160 y siguientes del cuaderno número 1, obra el escrito en que el impugnante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

“Como argumento central para determinar las indemnizaciones en el auto materia de impugnación, se dice, lo que sigue:

“Con el objeto de resolverse la objeción referida inicialmente es necesario precisar que el monto de la indemnización que debe cubrir la parte actora en favor de los distintos demandados se fijará de conformidad con lo

SECCION TERCERA

preceptuado por el numeral 16 del artículo 59 de la Ley 135 de 1961 (modificado por los arts. 24 de la Ley 4ª de 1973 y el 25 de la Ley 30 de 1988) y que a la letra dice:

“*Indemnización*: Para determinar el monto de la indemnización el Tribunal tendrá en cuenta el valor comercial de los bienes expropiados como equivalente a la compensación remuneratoria al demandado por todo concepto”.

“Como se ve la ley ha establecido como monto de la indemnización el equivalente al valor comercial de los bienes materia de la expropiación, sin que se tenga en cuenta otros factores, toda vez que si el propietario del bien estima que le asiste derecho a una prestación indemnizatoria adicional y que no corresponda al valor comercial del mismo debe acudir ante el Tribunal donde se haya tramitado la expropiación en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (reformado por el 16 del Decreto 2304 de 1989) a solicitar se ordene su cancelación tal como lo establece el numeral 18 del mencionado artículo 59 de la Ley 135 de 1961”.

“Allí radica fundamentalmente el error en que incurre el Tribunal Administrativo de Nariño, al pretender aplicar el artículo 25 de la Ley 30 de 1988 que *rige a partir del 22 de marzo de 1988*, sin reparar que las sentencias *Ley del proceso* en que se ordena la expropiación y el cubrimiento de la indemnización plena, esto es, el valor actualizado de la tierra y sus mejoras y los perjuicios derivados del lucro cesante y daño emergente, se profieren con muchísimos meses de anterioridad a la vigencia de la Ley 30 de 1988, específicamente del 16 de agosto de 1983 y 28 de febrero de 1987 proferidas (dichas sentencias) en su orden por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y el Juzgado Primero Civil del Circuito.

“Dichas sentencias son ley del proceso y hacen tránsito a cosa juzgada y -por ende- se imponen ante el Juzgador y las partes.

“A través del auto materia de la apelación de un tajo se borran dichas sentencias que son ley del proceso y hacen tránsito a cosa juzgada, cuyo acatamiento se impone inexcusablemente, sin que valga aducir una ley proferida con *muchos meses de haberse ejecutoriado las sentencias indicadas*.

“El artículo 25 de la Ley 30 de 1988 no es aplicable al caso que nos ocupa, como se afirma equivocadamente por el Tribunal Administrativo, en cuanto con muchos meses de anterioridad a la vigencia de dicha ley se profieren la sentencias -en el caso que nos ocupa- que son ley del proceso y

llevan el *sello de la irrevisibilidad* (a través de un simple auto saltan en pedazos dos sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada y son ley del proceso).

“Y precisamente -honorables Magistrados- en dichas sentencias se ordene el cubrimiento de la indemnización plena del modo ya indicado.

“En la obra *Procesos Especiales*, cuyo autor es el ya fallecido y destacado jurista Nelson Mora, se analiza con mucho rigor el concepto de indemnización plena (pp. 165 y 165 Segunda Edición).

“Y el doctor Hernando Morales dice. ‘La indemnización es plena, que debe comprender el valor de la cosa, el daño emergente sufrido por el propietario del bien como consecuencia de la expropiación y el lucro cesante’” (Instituciones del Nuevo Código de Procedimiento Civil Colombiano. Instituto de Especialización en Ciencias Jurídicas, 1971. Tomo II, p. 156).

“Como se puede apreciar fácilmente el auto materia de impugnación es esencialmente deleznable y se vuelca inevitablemente.

“Además repugna a la experiencia que tierras de excelente calidad, en una zona en que los inmuebles se hallan altamente cotizados, en un Departamento esencialmente agrícola, se avalúe la hectárea en la ínfima suma de cuatrocientos mil pesos la hectárea, para ser cubiertas con la ‘moneda ladrona’ de que hablan los economistas y un insigne intelectual caldense (Aquilino Villegas), como si fuesen devastadas tierras de nadie.

“Y sube de punto la lesión de que son víctimas los propietarios en el caso que nos ocupa, si se tiene en cuenta, cuestión evidente, que se trata de campesinos que como tales se pertenecen a la tierra.

“Como lo advierte el destacado tratadista doctor Hernando Devis Echandía ‘si el juez considera inaceptable un dictamen, debe ordenar uno nuevo’ (C. de P. C., artículo 233) cuestión que la destaca en su obra (*Pruebas Judiciales*. 1973. pp. 323 y ss.).

“En el mismo sentido se pronuncia el doctor Jairo Parra Quijano, en su obra (*Tratado de la Prueba Judicial. Inspección Judicial. La prueba pericial*. Tomo V. Año de 1991. pp. 159 y ss.).

“Me remito con la mayor consideración a los múltiples memoriales que he presentado sobre la materia específica, en que aduzco argumentos de clarísima validez.

SECCION TERCERA

“El proceso tiene como objeto la realización de la Justicia.

“Así las cosas se deberá *revocar el auto materia de la impugnación y en su lugar disponer el nombramiento de nuevos peritos con las precisas pautas para que establezcan la indemnización plena respecto a cada uno de los propietarios, señalando el valor comercial actualizado de la tierra y sus mejoras y los perjuicios derivados del lucro cesante y daño emergente con las debidas fundamentaciones*”.

III. CONDUCTA PROCESAL DE APODERADO DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA

Dentro del término de la ley alegó para *exponer*:

“Prioritariamente me permito rechazar en forma contundente la improcedencia de la apelación interpuesta por el apoderado de algunos demandados contra la providencia de junio 11 de 1992 proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Nariño, con fundamento en las razones que expongo a continuación:

“De conformidad con la Ley 135 de 1961, en su artículo 59 numeral 13 y el Decreto 1127 de 1988, *en los procesos de expropiación, las providencias que en él se profiera son únicamente susceptibles de reposición. El auto contra el cual se interpuso tal recurso, solo era viable el de reposición, más no el de apelación, al tenor de la norma transcrita. Veamos por qué: La misma norma consagra como providencias susceptibles de apelación ante el Consejo de Estado, las siguientes: La sentencia, el auto que deniegue la apertura a prueba, o la práctica de alguna que haya sido pedida oportunamente. No se encuentra dentro de esta enumeración la providencia que regula el monto de la indemnización. Como puede observar honorable Magistrado al no estar contemplado dentro de los autos susceptibles del recurso de apelación, mal puede interponerse como tal y menos aceptarse, como así lo hizo en forma equívoca el Tribunal Administrativo de Nariño.*

“Así las cosas, honorables Consejeros con todo respeto solicito revocar el auto de julio 2 de 1992 de Tribunal Administrativo de Nariño y mantener la providencia recurrida de junio 11 del mismo año proferida por la misma Corporación.

“De otra parte, además de las razones suficientemente expuestas para no atender la apelación impetrada por improcedente, manifiesto honorable Consejero y por su conducto a la respetable sala que le asiste, que los

argumentos del apoderado de algunos demandados respecto del monto de la indemnización no tienen respaldo jurídico alguno, por cuanto su reclamación obedece a circunstancias que han debido alegarse en su momento y no se hizo, como se puede apreciar de las piezas procesales que fueron remitidas a esa honorable Corporación y analizadas en su momento por el Tribunal Administrativo de Nariño. Pretende tal vez, la parte demandada, revivir un etapa procesal ya precluida. Además que su reclamación no tiene procedencia frente al auto recurrido, por cuanto conforme al criterio de la parte demandada, en el sentido de que el Tribunal Administrativo de Nariño se equivocó al fijar el monto de la indemnización, *no es cierto*. El Tribunal Administrativo de Nariño cumplió con lo ordenado por la legislación agraria al precisar el monto de la indemnización que debe pagar el Incora, conforme a los ordenamientos legales previstos (numeral 15, art. 59, Ley 135-61. Modifi. por los arts. 24 de la Ley 4ª de 1973 y 25 de la Ley 30 de 1988), en favor de los distintos demandados. En consecuencia, la providencia de junio 11 de 1992, recurrida, en lo atinente a este aspecto, debe mantenerse.

“Considero oportuno honorable Consejero hacer algunas apreciaciones respecto de la *condena* y la *indemnización* de tal suerte que se haga claridad frente a estos dos conceptos, que no quede duda en su aplicación, como se presentó ahora en el asunto en estudio, dada la interpretación hecha por el Tribunal Administrativo de Nariño al asimilar el auto que regula el monto de la indemnización en un proceso de expropiación con el auto de liquidación de condena, cosa bien distinta. A ello quiero referirme así:

“*La indemnización* es una compensación que recibe el afectado en un proceso de expropiación adelantado por motivos de utilidad pública e interés social consagrado en la Constitución Nacional, por acceder a que el Estado reciba la totalidad o parte de sus bienes. Jamás puede entenderse la *indemnización* como una *condena*, pues ésta tiene como finalidad obligar al cumplimiento de las pretensiones de otra.

“En materia agraria, debo anotar que la *indemnización* en un proceso de expropiación, por causa de utilidad pública e interés social, no es otra cosa que la consecuencia, es decir, es la obligación de la administración de hacer un pago o una compensación de quienes resulten afectados por permitir el acceso o la adquisición de la totalidad o parte de un bien rural, para beneficio común de la clase campesina, pero este pago no puede entenderse como una *condena*.

“Al tenor del artículo 58, de la Ley 135 de 1991, numeral 16, la *indemnización* es una compensación remuneratoria al demandado, concepto

SECCION TERCERA

completamente diferente al de *condena*, en el que sí había lugar a restituir el bien, por cuanto se *condenaría* al Incora a pagar y resarcir todos los perjuicios causados.

“Reitero honorables consejeros que existe una marcada diferencia entre los conceptos de *indemnización* en un proceso de expropiación y *condena*, como lo expresé anteriormente e insisto que frente al *auto recurrido* de junio 11 de 1992, por el cual se regula el monto de la indemnización en el presente proceso de expropiación, no es susceptible *la apelación*. Si esta providencia fuera susceptible de tal recurso, la misma ley así lo habría contemplado, pero no lo hizo, luego a simple criterio e interpretación del lector, no puede darse cabida y aplicación como procedente al recurso de apelación interpuesto frente al auto de junio 11 de 1992, que fija el monto de la indemnización, como en forma equivocada la aceptó el Tribunal Administrativo de Nariño.

“Por los motivos y razones expuestas reitero honorables Consejeros, revocar la providencia de julio 2 de 1992 del Tribunal Administrativo de Nariño y mantener la de fecha junio 11 de 1992 recurrida, en cuanto a la indemnización se refiere” (fls. 170-171 vto.) (Resaltado del texto).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) El auto impugnado y consultado será confirmado, aunque haciéndole algún ajuste de universo económico, por las razones que más adelante se expondrán.

Al valorar las distintas circunstancias legales y particulares del caso, el *ad quem*, encuentra que la providencia sí es pasible del recurso de apelación. Así se desprende de lo preceptuado en el artículo 59, numeral 13, de la Ley 135 de 1961, que a la letra reza:

“13. *Recursos*. Las providencias del proceso de expropiación son únicamente susceptibles del recurso de reposición, con excepción de la sentencia, del auto que deniegue la apertura a prueba o la práctica de alguna que haya sido pedida oportunamente, y del auto que resuelva la liquidación de condenas, que serán apelables ante el Consejo de Estado, sin perjuicio de la consulta de que trata el artículo 184 del Código de lo Contencioso Administrativo”.

Dentro del marco jurídico anterior, la Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el apoderado del Incora cuando predica que uno es el universo que tiene el concepto *condena* y otro el de *indemnización*, con el

deseo de hacer nugatorio el recurso de apelación. Ocurre, sin embargo, que el alcance del artículo 59, numeral 13, de la Ley 135 de 1961, es bien claro cuando hace pasible de tal recurso *el auto que resuelve la liquidación de condenas*, que necesariamente tiene que hacer referencia a una de las providencias con mayor alcance que se dicta dentro del proceso de expropiación, como es la que fija el monto que debe ser pagado por las tierras. Lo que ocurre, en casos como el presente, es que como lo recuerda bien el filósofo Norberto Bobbio:

a) El lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso: la primera tarea del jurista es hacerlo más riguroso; b) El lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista es completarlo lo más posible; c) El lenguaje del legislador no está necesariamente ordenado: la tercera tarea del jurista es reducirlo a sistema. La primera fase es de purificación, la segunda de integración y la tercera de ordenación del lenguaje jurídico (Contribución a la Teoría del Derecho, p. 188).

Así las cosas, se impone concluir que en el caso *sub examine* no hay espacio para la duda que impida concluir que el auto de once (11) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), sí es apelable. Por lo demás, esa ha sido la posición jurídica de la Corporación que en providencia de nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), expediente número 6996, actor Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Consejero Ponente, doctor Juan de Dios Montes, dijo:

“La providencia viene en revisión por doble vía: la de apelación de la parte demandada, en cuanto es desfavorable a sus pretensiones y consulta de la entidad que es parte actora, en virtud de la condena que allí se le impone” (Destacados de la Sala).

b) La Sala confirmará el auto apelado, pues encuentra que él tiene sólido apoyo probatorio en el dictamen rendido por los auxiliares de la justicia señores Efrén Torres Rengifo y Hugo González, quienes fijan un monto mayor al determinado por lo primeros peritos señores Alberto Zambrano y Javier Delgado, pero dan una mejor fundamentación a sus conclusiones, por lo que cabe predicar que la prueba tiene fuerza de convicción. A lo largo de su trabajo ellos discurren sobre aspectos relacionados con problemas sociopolíticos, como es la presencia esporádica de la guerrilla en la región, forma del terreno, calidad de las tierras, explotación de las mismas, edificaciones, vías de comunicación, facilidad de mercadeo de los productos, servicios públicos en la finca, la cual goza de luz eléctrica en la parte alta o cabecera y agua de

SECCION TERCERA

acueductos propios. También analiza el movimiento de la propiedad en el área para destacar:

“No obstante los factores socio-políticos anteriormente anotados la propiedad raíz en la vereda Charguayaco donde está ubicada esta propiedad tiene gran demanda y poca oferta, dada la calidad de la tierra y su buena producción, la tierra en este sector tiene alto valor comercial y su demanda es permanente” (C. 1, fl. 95) (Destacado de la Sala).

Finalmente,

CONCLUYEN:

“En cuanto a la principal obra de infraestructura como es la carretera, o vía de penetración al interior de la finca, se asignan valores únicamente a las partes donde ella afecta; b) Como puede observarse existe alguna diferencia de precios en el mismo cultivo; ej: café \$300.000.00 - \$350.000.00 por hectárea, esto debido a la calidad y estado actual del cultivo;

“c) Art. 1614 C. C. ‘Entiéndese por *daño emergente* el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haber cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por *lucro cesante* la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento’.

“Al respecto conceptuamos que no habido cumplimiento por parte del Incora en cuanto al *daño emergente*. Tampoco hubo lucro cesante por cuanto la totalidad de los predios han sido explotados en forma permanente por sus propietarios, los que se han beneficiado de sus productos. *No hay daño emergente, no hay lucro cesante*”. No hay avalúo de estos rubros. Confirmamos el contenido total del presente informe y lo sostenemos en los precios cuando ello sea requerido, cualquier funcionario puede trasladarse al sitio de este predio y hacer la investigación correspondiente de los precios del mercado inmobiliario en esta región.

“Hacemos referencia al punto ‘F’ del folio 357 como interrogatorio, respecto del cual lo contestamos en el punto anterior en el que conceptuamos que *no hay daño emergente ni lucro cesante*.

“Respecto al punto E del mismo folio: el valor que le hemos asignado a cada predio está actualizado y de acuerdo a los precios comerciales actuales en la región.

“Al punto ‘D’ del mismo folio: a nadie escapa la permanente devaluación de la moneda y el permanente y constante reajuste de los precios en todos los productos y artículos hemos tomado muy en cuenta este punto para el precio final de estas propiedades” (fl. 107, cdno. número 1).

Dentro del marco probatorio anterior, el *ad quem* encuentra que la *indemnización* se ha fijado teniendo en cuenta el *valor comercial de los bienes expropiados* como equivalente a la compensación remuneratoria al demandado por todo concepto, como lo manda el numeral 16 del artículo 59 de la Ley 135 de 1961, que sobre el particular preceptúa:

“16. *Indemnización.* Para determinar el monto de la indemnización el tribunal tendrá en cuenta el valor comercial de los bienes expropiados como equivalente a la compensación remuneratoria al demandado por todo concepto”.

En este momento del discurso se impone concluir que lo único que se puede pagar, hasta este momento procesal, es el *valor comercial de los bienes*. Nada más pero tampoco nada menos. Por ello se actualiza la condena por el período comprendido entre el 19 de septiembre de 1991, momento en el tiempo físico en que los auxiliares de la justicia presentaron su trabajo y el 31 de enero de 1993;

c) Es verdad que tanto en la sentencia de ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito, como en la calendada el dieciséis (16) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, se definió que la indemnización debía *ser plena*. Por ello en la última de las providencias citadas, se lee:

“Finalmente, en lo que concierne con la indemnización y valor de las tierras materia de expropiación, este Tribunal reiteradamente ha venido sosteniendo, que por virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 30 de la Carta, la indemnización debe ser plena, comprendiendo dentro de este concepto, tanto el lucro cesanté como el daño emergente.

“No ignora la Sala, la expedición del Decreto 233 de 10 de febrero del año que cursa, que en su artículo 3º modificadorio del artículo 14 del Decreto 3745 de 1982, dispone que en caso de expropiación de inmuebles, el Estado debe pagar el menor de estos dos valores: el avalúo catastral vigente en la fecha de la sentencia que decreta la expropiación, más un treinta por ciento (30%) o el *avalúo comercial determinado para tal fin* por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

SECCION TERCERA

“Pero del mismo modo como se ha venido sosteniendo en providencias anteriores, no es posible su aplicabilidad, por cuanto es de imperativa prioridad la aplicación del artículo 30 de la C. N., que obliga la indemnización previa, para la viabilidad de la expropiación.

“Y, en este caso, se considera vigente lo que ha venido sosteniendo la Corte Suprema de Justicia en sentencia publicada en la Gaceta Judicial número 2140, página 238:

“La indemnización comprende no sólo el valor de la propiedad expropiada, sino todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionaron en el patrimonio del expropiado en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra sea fuente de ganancia.

“La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado al propietario; a éste no debe pagársele más ni concedérsele menos que el perjuicio efectivamente sufrido por él”.

“En consecuencia, en este punto la sentencia apelada será confirmada” (fls. 32-33 cdno. número 1).

Pero ocurre que en el caso *sub examine* ni el fallador de instancia ni la Corporación están desconociendo esa realidad que es cosa juzgada. Y se predica lo anterior, porque el Incora está pagando el valor comercial de los inmuebles, tal como lo ordena la ley, quedando la vía abierta para que el impugnante ejerza la acción de *reparación directa por otros perjuicios*, como lo autoriza el artículo 59 de la Ley 135 de 1961, numeral 18, que la letra reza:

“18. *Acción de reparación directa por otros perjuicios.* Sin perjuicio de la eficacia de la expropiación, cualquier prestación indemnizatoria *adicional* que se pretenda reclamar por el propietario del predio y que *no corresponda al valor comercial del bien expropiado*, o a las liquidaciones de perjuicios provenientes de la restitución del inmueble o de la venta forzosa por imposibilidad de su restitución conforme a las reglas precedentes, *podrá demandarse en ejercicio de la acción de reparación directa de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.* De esta acción conocerá el mismo Tribunal que haya tramitado el proceso de expropiación y en caso de que ordene indemnizaciones adicionales, no incluirá en su liquidación final el valor de la indemnización pagada por razón de la expropiación” (Destacado de la Sala).

Esta normatividad, por tocar con el procedimiento, es de aplicación inmediata, motivo por el cual no le asiste la razón al apelante cuando demanda

su no aplicación para situaciones que tienen que ver con sentencias dictadas antes de entrar en vigencia la disposición transcrita.

Lo que olvida el impugnante es que el legislador quiso que el proceso de expropiación fuera rápido y, por lo mismo, *eficaz*, como se lee en la hipótesis normativa ya citada. Por ello todo lo relacionado con *otros perjuicios*, tiene necesariamente que debatirse por fuera del mismo;

d) Para darle más fuerza de convicción al presente proveído, la Sala desea destacar que cuando se demanda el pago de perjuicios, se impone no sólo demandarlos sino probarlos. Esta filosofía jurídica se recoge en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 10 de noviembre de 1944. Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca. Gaceta Judicial Tomo 58, números 2016 - 2018, p. 113, donde se lee:

“Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por un dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración”.

Aplicando la anterior filosofía al caso *sub examine* se tiene que, de haber sido posible discutir tales perjuicios dentro del proceso de expropiación, la pretensión del impugnante tampoco habría tenido vocación de prosperidad, pues ellos no se probaron. El pago de los honorarios profesionales, que el impugnante hizo para atender el presente proceso, no encuadra ni dentro del *lucro cesante* ni dentro del *daño emergente*. Ellos se fijan, simplemente, por haber sido vencido en la litis, esto es, por no haber tenido razón en la defensa de los derechos que se estimaron conculcados. El cuestionamiento que se hace a los dos dictámenes periciales, porque a juicio del apelante registran un avalúo muy bajo de los lotes, se dirimió a lo largo del proceso, sin que el fallador encuentre que se haya demostrado el error grave. En esta materia la Sala reitera la filosofía que se recoge en providencia de 25 de agosto de 1989, expediente número 2397, actora Margarita Villa de Gómez, donde se lee:

“La objeción por error grave solo se deja manejar y tiene vocación de éxito cuando se encuadra dentro de la filosofía que sobre el particular exponen

SECCION TERCERA

los tratadistas de pruebas judiciales. Por vía de ejemplo puede citarse al doctor Antonio Rocha quien sobre la materia enseña:

“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción de error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las secuelas filosóficas: para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que éste realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá, sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción moderna de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase “*Precis de Philosophie*”, por Paul Foulquié, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, Lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis)... pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?... Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es el procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estará, en últimas, sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial... Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terreno para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre

calidades objetivas pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.

“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse (Destacado de la Sala) (Universidad Nacional de Colombia, 3ª Edición 1951. Pp. 230 y ss.)”.

Por todo lo anterior, se declarará no probada la objeción por error grave, pronunciamiento que omitió el tribunal.

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

RESUELVE:

Primero. Declárase no probada la objeción por error grave.

Segundo. Confírmase los numerales primero (1º) y tercero (3º) de la providencia calendada el día once (11) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

Tercero. Revócase el numeral segundo (2º) de la misma providencia, el cual queda así:

Segundo. Ordenar que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora pague a los demandados, a título de indemnización y de conformidad con las normas legales pertinentes, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

1. Al señor Alberto Cabrera Delgado, identificado con cédula de ciudadanía número 1833919 de El Tambo o a quien demuestre ser derecho habiente del mismo, las siguientes sumas:

a) Trece millones quinientos veinticinco mil doscientos cuarenta y seis pesos con 60/100 (\$13.525.246.60) moneda corriente como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 1, suma que se discrimina así: doce millones quinientos ochenta y un mil setecientos noventa y cinco pesos con 33/100 (\$12.581.795.33) moneda corriente por el valor de la tierra y novecientos cuarenta y un mil seiscientos cincuenta y siete pesos con 63/100 (\$941.657.63) por mejoras introducidas en el predio.

b) Diecinueve millones doscientos cinco mil novecientos setenta y dos pesos con 20/100 (\$19.205.972.20) moneda corriente como propietario del

SECCION TERCERA

lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 3, suma que se discrimina así: dieciséis millones trescientos ocho mil doscientos veintinueve pesos con 03/100 (\$16.308.229.03) como valor de la tierra y dos millones ochocientos noventa y siete mil setecientos cuarenta y tres pesos con diecisiete centavos (\$2.897.743.17) por concepto de mejoras plantadas en el lote;

c) Catorce millones quinientos cincuenta y seis mil ciento cinco pesos con 24/100 (\$14.556.105.24) moneda corriente como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 6, suma que se discrimina así: Nueve millones ciento sesenta y cuatro mil novecientos cincuenta y cinco pesos con 15/100 (\$9.164.955.15) moneda corriente como valor de la tierra y cinco millones trescientos noventa y un mil cien pesos con 09/100 (\$5.391.100.09) moneda corriente por concepto de mejoras plantadas en el predio;

d) Cinco millones novecientos treinta mil doscientos sesenta y cinco pesos con 10/100 (\$5.930.265.10) como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, por concepto del valor de la tierra.

2. Al señor Wencislao Nupan Montilla, identificado con la cédula de ciudadanía número 5226955 de Buesaco o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de dos millones cuatrocientos veintiséis mil diecisiete pesos con 53/100 (\$2.426.017.53) moneda corriente, como propietario de parte del lote distinguido con el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 1, suma que se discrimina así: dos millones veintiún mil seiscientos ochenta y un pesos con 28/100 (\$2.021.681.28) moneda corriente como valor de la tierra y cuatrocientos cuatro mil trescientos treinta y seis pesos con 28/100 (\$2.426.017.25) por concepto de mejoras introducidas al predio.

3. A la señora Clemencia Cárdenas Vda. de Hurtado, identificada con la cédula de ciudadanía número 27054067 de Pasto, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de veinte millones doscientos ochenta y cuatro mil doscientos dos pesos con 21/100 (\$20.284.202.21) moneda corriente, como propietaria del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 2, suma que se discrimina así: dieciocho millones trescientos noventa y siete mil doscientos noventa y nueve pesos con 69/100 (\$18.397.299.69) moneda corriente como valor de la tierra y un millón ochocientos ochenta y seis mil novecientos dos pesos con 52/100 (\$1.886.902.52) moneda corriente por concepto de mejoras introducidas al predio.

4. A los señores Jorge José Hurtado Díaz y Clementina Pantoja de Jaramillo identificados con las cédulas de ciudadanía números 1798960 de Pasto y 27200446 de El Tambo, respectivamente, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de veinte millones ochenta y dos mil treinta y cuatro pesos con 08/100 (\$20.082.034.08) moneda corriente, como propietarios del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 4, suma que se discrimina así: diecinueve millones cuatrocientos ocho mil ciento cuarenta pesos con 32/100 (\$19.408.140.32) moneda corriente como valor de la tierra y seiscientos setenta y tres mil ochocientos noventa y tres pesos con 76/100 (\$673.893.76) moneda corriente, por concepto de mejoras introducidas al predio.

5. Al señor Eduardo de Jesús Hurtado Cárdenas, identificado con la cédula de ciudadanía número 12969616 de Pasto, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de dieciocho millones sesenta mil trescientos cincuenta y dos pesos con 81/100 (\$18.060.352.81) moneda corriente, como propietario del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 5, suma que se discrimina así: catorce millones novecientos sesenta mil cuatrocientos cuarenta y un pesos con 51/100 (\$14.960.441.51) moneda corriente como valor de la tierra y tres millones noventa y nueve mil novecientos once pesos con 30/100 (\$3.099.911.30) por concepto de mejoras introducidas al predio.

6. A los señores Pedro Pablo Romo España y Sergio María Díaz, identificados con las cédulas de ciudadanía números 1835649 de El Tambo y 5250199 de El Peñol-El Tambo, respectivamente, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de siete millones novecientos cincuenta y un mil novecientos cuarenta y seis pesos con 38/100 (\$7.951.946.38) como propietarios de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 6, suma que se discrimina así: seis millones cuatrocientos sesenta y nueve mil trescientos ochenta pesos con 11/100 (\$6.469.380.11) como valor de la tierra y un millón cuatrocientos ochenta y dos mil quinientos sesenta y seis pesos con veintisiete centavos (\$1.482.566.27) por concepto de mejoras introducidas al predio.

7. A la señora María Clemencia Hurtado Cárdenas, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de quince millones cincuenta y ocho mil ciento cincuenta y seis pesos con 10/100 (\$15.058.156.10) moneda corriente, como propietaria del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 7, suma que se discrimina así: diez millones ochocientos doce mil seiscientos veinticinco

SECCION TERCERA

pesos con 41/100 (\$10.812.625.41) moneda corriente, como valor de la tierra y cuatro millones doscientos cuarenta y cinco mil quinientos treinta pesos con 69/100 (\$4.245.530.69) moneda corriente, por concepto de mejoras introducidas al predio.

8. Al señor José Aureliano Muñoz López, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de tres millones setecientos setenta y tres mil ochocientos cinco pesos con 04/100 (\$3.773.805.04) como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, suma que se discrimina así: dos millones seiscientos noventa y cinco mil quinientos setenta y cinco pesos con 04/100 (\$2.695.575.04) moneda corriente como valor de la tierra y un millón setenta y ocho mil doscientos treinta pesos (\$1.078.230.00) moneda corriente, por concepto de mejoras introducidas al predio.

Esta suma de dinero será depositada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, a órdenes del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto en razón del embargo decretado por ese juzgado dentro del proceso propuesto en contra de José Aureliano Muñoz López por María de Jesús Chávez de Muñoz, comunicado a la Oficina de Registro de II. PP. de este Círculo mediante oficio número 546 del 9 de septiembre de 1980, registrado el 17 de septiembre del mismo año, al folio de matrícula inmobiliaria número 240-0020205.

9. A la señora Isaura Lasso de Muñoz, identificada con la cédula de ciudadanía número 37925171 de Santa María-Buesaco, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de un millón trescientos cuarenta y siete mil setecientos ochenta y siete pesos con 52/100 (\$1.347.787.52) moneda corriente, como propietaria de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, suma que se discrimina así: seiscientos setenta y tres mil ochocientos noventa y tres pesos con 76/100 (\$673.893.76) moneda corriente, como valor de la tierra y seiscientos setenta y tres mil ochocientos noventa y tres pesos con 76/100 (\$673.893.76) moneda corriente, por concepto de mejoras introducidas al predio.

10. Al señor Rómulo Gilberto Guevara Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1836283 de El Tambo-Nariño, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de un millón trescientos cuarenta y siete mil setecientos ochenta y siete pesos con 52/100 (\$1.347.787.52) moneda corriente, como propietario de parte del lote distinguido en el plano

topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, por concepto del valor de la tierra.

11. Al señor Julio César Jaramillo Pantoja, identificado con la cédula de ciudadanía número 5250134 de El Peñol-El Tambo, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de doce millones cuatrocientos veintinueve mil doscientos noventa y seis pesos con 53/100 (\$12.429.296.53) moneda corriente, como propietario de parte del lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8, suma que se discrimina así: dos millones seiscientos noventa y cinco mil quinientos setenta y cinco pesos con 04/100 (\$2.695.575.04) moneda corriente, como valor de la tierra y nueve millones setecientos treinta y tres mil setecientos veintiún pesos con 49/100 (\$9.733.721.49) moneda corriente, por concepto de mejoras introducidas al predio.

12. Al señor Rafael Buesaquillo, o a quien demuestre ser su derecho habiente, la suma de tres millones novecientos ochenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y un pesos con 06/100 (\$3.989.451.06) moneda corriente, por concepto de la casa de habitación de su propiedad y construida en el lote distinguido en el plano topográfico levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, con el número 8.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese y notifíquese.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SELECCION DE CONTRATISTA / PLIEGO DE CONDICIONES - Naturaleza / PLIEGO DE CONDICIONES - Requisitos / OFERTA DE CONTRATO / GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

En el camino de escoger al contratista y de celebrar el contrato con quien resulte agraciado, el pliego de condiciones es la ley que deben observar y obedecer tanto el particular como la administración pública; posteriormente, durante la ejecución contractual, será valioso instrumento para la interpretación de las cláusulas pactadas y para la definición de los conflictos. El oferente tendrá que ajustarse a las exigencias del pliego si pretende que su propuesta sea considerada en el concurso; este principio, sin embargo, no se puede llevar a extremos tales que obliguen a la administración a dejar de considerar una propuesta favorable por el desconocimiento de requisitos menores que no justifican el rechazo de la oferta. En el sub examine, aún en el evento de que la firma adjudicataria hubiese incumplido el requisito de acompañar el compromiso de la prórroga automática de la garantía de seriedad de la propuesta, asunto que no está debidamente probado, el defecto no puede conducir, inexorablemente, a la descalificación de su oferta, dejando de lado circunstancias de mayor significación tales como la constitución y presentación adecuadas de la póliza, la no utilización de la prórroga por cuanto la adjudicación se hizo dentro del término de vigencia de la garantía original, aun del lleno de los demás requisitos del pliego de modo que la hacían apetecible para los intereses de la entidad licitante.

OFERTA ALTERNATIVA DE CONTRATO

En los adendos al pliego se habló indistintamente de “alternativa en concreto de asfalto” y de “alternativa en concreto de cemento”. Se entiende entonces que los oferentes quedaban en libertad para formular su propuesta en las dos alternativas o en una de ellas,

según se acomodara mejor a la condiciones de cada quien; de su lado, la entidad pública conservaba la facultad para escoger una de las dos alternativas excluyendo la otra, decisión que, de suyo, implicaba la inutilidad del análisis de las propuestas formuladas para la alternativa desechada. Consagrada la doble posibilidad para la ejecución de la obra objeto del concurso, la primera determinación de la entidad interesada consistía en decidirse por una de ellas, y así lo hizo; prefirió el concreto de cemento por razones técnicas cuya validez no se ha desvirtuado. Ocurrido lo anterior, es evidente que las únicas propuestas que entran en la competencia son aquellas que presentaron la alternativa seleccionada; en esa conducta no hay engaño, ni intenciones ocultas, ni atentado contra la buena fe de los licitadores.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 6265.

Actor: Diego Francisco López Vernaza.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 10 de mayo de 1990, por virtud de la cual denegó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 26 de septiembre de 1984, Diego Francisco López Vernaza, por intermedio de apoderada judicial constituida conforme a Derecho, formuló demanda en contra del Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle y de la firma Aguirre Monroy y Asociados Ltda., y esgrimió las pretensiones siguientes:

“Primera. Es nula la Resolución número 164 de mayo 30 de 1984, emanada de la Gerencia del Establecimiento Público de Valorización Departamental, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública VD-002-84 para la construcción de la doble calzada entre las glorietas Good Year- Texaco-Yumbo (Carretera Puerto Isaac-Yumbo), por cuanto se cometieron irregularidades en la adjudicación de la misma.

“Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, se reconozca y se paguen los daños y perjuicios causados al Ingeniero Diego

SECCION TERCERA

Francisco López Vernaza que queden demostrados en este proceso, los cuales se estiman en la suma de \$45.000.000.00 moneda legal colombiana, que deberá ser ajustada en su valor según los términos consagrados en el artículo 178 del C. C. A. tomando como fecha de partida la de la presentación de esta demanda.

“Tercera. Que si dentro de este proceso participare un litigante particular y resultare vencido, sea condenado en costas conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

“Cuarta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se determine la responsabilidad a que hubiere lugar, en cabeza de los funcionarios involucrados en el acto administrativo que se declara nulo, en los términos consagrados en los artículos 77 y 78 del C. C. A.” (fls. 588 a 589, C. 1).

2. Para efectos de evaluar con exactitud los extremos de la *litis* se copian en su integridad los hechos que presenta el demandante como constitutivos de la causa petendi; dice así:

“Primero. En abril 23 de 1984, el Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle abrió la Licitación Pública VD-002-84, para la construcción de la Doble Calzada entre las glorietas Good Year-Texaco-Yumbo (Carretera Puerto Isaacs-Yumbo), autorizada mediante Resolución número 121 de abril 11 de 1984, emanada de la Gerencia del mencionado establecimiento.

“Segundo. Mi poderdante retiró el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública VD-002-84, por cuanto está inscrito en el Registro de Proponentes de Valorización Departamental y clasificado en la Categoría B, tal como consta en la comunicación G-212-84, la que contiene además, una invitación del Gerente de la entidad para que participe en la mencionada licitación. En abril 27 de 1984 se llevó a cabo la visita conjunta al sitio de los trabajos y a ella concurrió mi poderdante; la constancia respectiva aparece en su propuesta.

“Tercero. En mayo 7 de 1984, se cerró la Licitación Pública VD-002-84, a las 5:00 p.m., en la Sala de Juntas de la Gerencia del establecimiento demandado y se abrieron las propuestas presentadas por las siguientes firmas de ingenieros, contratistas:

Diego Francisco López Vernaza.

Walther Llanos Roldán.

Aguirre, Monroy y Asociados Ltda.

Armando Caicedo Cerón.

Uricoechea Calderón y Cía. Ltda.

“Los asistentes al acto suscribieron la correspondiente Acta de Cierre, en la que se dejó, entre varias constancias, la siguiente: *la firma Aguirre Monroy no presenta certificado de prórroga de la póliza de seriedad de la propuesta.* Fuera de esa constancia y de la relativa a la firma Uricoechea Calderón y Cía. Ltda. se verificó que las demás propuestas incluían todos los documentos solicitados.

“*Cuarto.* En los días siguientes al acto de cierre de la Licitación Pública VD-002-84, las secciones Técnica y Financiera de Valorización Departamental, acometieron el estudio de las propuestas recibidas y elaboraron el análisis comparativo de las mismas, el cual comprendió los aspectos relativos a la capacidad financiera, la capacidad técnica y la capacidad operativa; todo el estudio realizado está consignado en un informe, que consta de 9 páginas y 18 cuadros anexos, distinguido con el número G-250-84, fechado en mayo 10 de 1984 y que le dirige el Gerente de la entidad demandada a los miembros de la Junta Directiva del Establecimiento Público de Valorización Departamental.

“*Quinto.* De acuerdo con el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública VD-002-84, los licitadores tenían la obligación de presentar sus propuestas para la construcción de la vía Good Year-Texaco-Yumbo, en dos calzadas *pavimentadas en concreto asfáltico con anchura de 7.20 m., cada una* (Pliego de Condiciones, Capítulo I, parágrafo 1.2) y en efecto concursaron cinco propuestas, cuyo valor revisado y corregido por Valorización Departamental (Cuadro), es como sigue:

“Diego Francisco López Vernaza	\$126.409.616.04
Aguirre Monroy y Asociados Ltda.	169.196.722.58
Uricoechea Calderón y Cía. Ltda.	173.399.873.00
Walter Llanos Roldán	172.822.111.00
Armando Caicedo Cerón	216.4447.382.00

“Los licitantes también tenían la opción de concursar con una propuesta para pavimento en concreto de cemento, denominada Alternativa II, que aparece en el Capítulo V del Pliego de Condiciones y que no era obligatoria. Fueron presentadas las tres siguientes propuestas:

“Aguirre Monroy y Asociados Ltda. \$174.374.398.18.

SECCION TERCERA

Armando Caicedo Cerón 184.314.012.00.

Walter Llanos Roldán 190.270.896.00.

“Del análisis comparativo de las anteriores propuestas se destacan los siguientes hechos:

“a) En todas las propuestas se estipula un plazo de 180 días calendario para la ejecución de la obra.

“b) El análisis financiero para precisar la solvencia económica de los proponentes, da el siguiente resultado:

“1°. Puesto: Armando Caicedo Cerón, con 95 puntos.

“2°. Puesto: Uricoechea Calderón y Cía. Ltda. con 88 puntos.

“3°. Puesto: Diego Francisco López Vernaza con 85 puntos.

“3°. Puesto: Aguirre Monroy y Asociados L. con 85 puntos.

“5°. Puesto: Walter Llanos Roldán, con 77 puntos.

“c) Se confirma que a las propuestas presentadas por Aguirre Monroy y Asociados Ltda. y por Uricoechea Calderón y Cía. Ltda. les faltó el certificado por medio del cual la Compañía Aseguradora *debe comprometerse a prorrogar automáticamente la garantía de seriedad de las propuestas por períodos sucesivos de treinta días, a solicitud de la oficina de valorización departamental* y sin embargo no fueron descartadas.

“d) A mi poderdante se le hace la observación de haber pagado estampilla de previsión social, por valor de mil pesos ‘a la Tesorería Departamental, en vez de hacerlo al Fondo Rotatorio de Valorización Departamental’, pero ello no viene al caso por cuanto el Pliego de Condiciones en su Capítulo I, numeral 1.6, literal h), solamente estipuló: ‘El original de cada propuesta debe llevar estampillas de un mil pesos para Previsión Social y de 0.15 por mil para prodesarrollo del Valle del Cauca, del valor de la propuesta y Paz y Salvo Nacional vigente’.

“e) En cuanto a la capacidad técnica y la capacidad operativa de los proponentes, aparece claro un hecho, que los únicos proponentes que cuentan con el equipo apropiado para la ejecución de la pavimentación en concreto asfáltico, esto es, en la Alternativa I, son: Diego Francisco López Vernaza y Aguirre Monroy y Asociados Ltda., como quiera que fueron los únicos en acreditar planta de asfalto, planta de trituración, terminadora de asfalto, máquinas de compactación para mezcla asfáltica y volquetas. Y en relación

con la Alternativa II, para concreto en cemento, ninguno de los proponentes acreditó la maquinaria apropiada, la cual debería componerse de planta para mezclas de concreto, carros transportadores de mezclas (mixers), esparcidora de concreto, terminadora longitudinal y trituradoras primaria y secundaria. Estas trituradoras fueron acreditadas sólo por los dos proponentes antes mencionados.

“*Sexto.* En mayo 11 de 1984, previo acuerdo con los proponentes, se prorrogó el término para la adjudicación de la Licitación Pública VD-002-84, dictándose la Resolución número 144 de mayo 11-84, emanada de la Gerencia del Establecimiento Público de Valorización Departamental.

“*Séptimo.* En mayo 29 de 1984, la Junta Directiva del Establecimiento Público de Valorización Departamental, determinó adjudicar la Licitación Pública VD-002-84 a la firma ‘Aguirre Monroy y Asociados Ltda.’ en la Alternativa de concreto de cemento, y se dictó la Resolución número 164 de mayo 30 de 1984, emanada de la Gerencia del Establecimiento, la cual se notificó al proponente favorecido el día 31 de mayo de 1984.

“*Octavo.* En los considerandos de la Resolución número 164 de mayo 30-84, aparece un hecho nuevo, modificadorio del Pliego de Condiciones de la Licitación VD-002-84, el cual consiste en haber descartado las propuestas presentadas en la Alternativa I para pavimento en concreto asfáltico, según el considerando sexto: *Debido a las condiciones de alto frenado de la vía, resistencia del concreto de cemento y facilidad y menores costos de mantenimiento (sic).*

“En este punto surge una pregunta obvia, porque si la obra tenía que ser construida en concreto de cemento, sin que importaran los resultados del análisis evaluativo de las propuestas, ni el lleno de los requisitos del Pliego de Condiciones y ni siquiera el precio, entonces: ¿Para qué se solicitaron propuestas en la Alternativa obligatoria para pavimento en asfalto? Este cambio súbito de motivación, por el que se llegó a la violación de los Pliegos de Condiciones y a la contradicción con los anteriores propósitos de la Junta de Valorización Departamental, tiene ciertos antecedentes que, entre otras cosas, explican también la forma como se desechó un estudio serio, cuidadoso y completo, contratado por valorización Departamental con la firma Inesco Ltda., para aceptar, en cambio, un simple diseño de la firma Cesco, hecho a última hora, (su fecha es abril 17/84) y costado por ‘amable invitación de Cementos del Valle S. A.’. Veamos:

“1. En octubre 17 de 1983, se dictó la Resolución número 019 emanada de la Junta Directiva del Establecimiento Público de Valorización Departa-

SECCION TERCERA

mental estableciendo normas para registro de proponentes, apertura de licitaciones, concurso de méritos, presentación de propuestas y adjudicación de contratos de obras públicas.

“2. En diciembre 30 de 1983, se dictó la Resolución número 993, emanada de la Gerencia de la entidad, y por primera vez se autorizó la apertura de una licitación pública para la construcción de la Doble Calzada Good Year- Texaco- Yumbo, que luego se denominó VD-001-84.

“3. En febrero 23 de 1984, en su sesión que consta en el Acta número 430; la Junta Directiva del Establecimiento Público de Valorización Departamental, determinó que la oficina de ese establecimiento realizara directamente la interventoría de la Doble Calzada, y facultó a la Gerencia ‘para contratar los estudios de suelos que se requieran y lógicamente, se tenga la asesoría de la firma Inesco Ltda. que fue la autora del proyecto, para absolver cualquier problema que surja durante el desarrollo’.

“4. En marzo 8 de 1984, en la sesión que consta en el acta número 431, el Presidente de la Junta Directiva de Valorización Departamental solicitó la destitución del subgerente técnico ‘por el manipuleo y trato incorrecto de la Licitación VD-001-84, al no someter a consideración de la Junta Directiva los criterios de adjudicación y establecer dentro de los pliegos una cláusula limitante de los presupuestos en un 15% por debajo o por encima, que permite colocar en ventaja a la firma que se estime conveniente’. Y el Gerente puso de presente a la Junta Directiva, ‘cómo la urna y una de las llaves que debió estar colocada desde el comienzo de la licitación en el despacho del Gerente, reposaba en la Subgerencia Técnica y sólo fue trasladada allí a instancias suyas’; manifestó igualmente, que ‘el presupuesto de la firma Pinsky y Asociados se encuentra en un 14.9 por ciento por debajo del presupuesto inicialmente elaborado por la Subgerencia Técnica, colocando esta firma en ventaja en relación con el otro proponente’.

“5. En marzo 23 de 1984, en la sesión que consta en el Acta 432, la Junta Directiva conceptuó ‘que se debe declarar desierta la licitación VD-001-84’, apoyándose en ‘las consideraciones hechas por el Asesor Jurídico de la oficina desde hace once años’. La Junta autorizó al Gerente para abrir una nueva licitación, para la construcción de la Doble Calzada Good Year- Texaco- Yumbo, la cual se denominó más adelante Licitación Pública VD-002-84.

“6. En marzo 26 de 1984, se dictó la Resolución número 094, emanada de la Gerencia, declarando desierta la Licitación Pública VD-001-84 por inconvenientes.

“7. En marzo 29 de 1984, en la sesión que consta en el Acta 433, se aprobaron las fechas para la venta de los Pliegos de Condiciones de la Licitación VD-002-84, presentación de las propuestas y adjudicación, y se acordó un plazo de 180 días para realizar los trabajos de la Doble Calzada. Así mismo, se decidió promocionar la Licitación VD-002-84 a nivel nacional y regional. Fue en esta ocasión cuando, por primera vez y por iniciativa del presidente de la Junta, se habló de la posibilidad de una alternativa de concreto de cemento, ‘teniendo en cuenta la contigüidad de la fábrica de Cementos del Valle a la vía y a la alternativa de poder ellos aportar la materia prima’, además, que ‘es posible que con un costo financiero muy similar se tenga una vía en muy buenas condiciones...’. A las observaciones sensatas de uno de los miembros, sobre el mayor costo de esta alternativa, y no existir un diseño apropiado, el Presidente de la Junta aclaró inmediatamente ‘que la firma Cementos del Valle ya tiene elaborado el diseño respectivo y lo tiene a disposición de Valorización Departamental’, y anotó también, ‘que es evidente que el hecho mismo de poder presentar dos alternativas, permite al momento de la apertura de las propuestas, escoger la más económica’. Se optó por ampliar el registro de proponentes, cambiar el porcentaje de error aritmético admisible en las propuestas hasta un 10%, etc. y se aprobó no presentar el presupuesto oficial a la Licitación, porque ‘este impediría adjudicar a propuestas con presupuestos bajos y bastante convenientes para la oficina’. Finalmente, se puntualizó, por uno de los miembros de la Junta, ‘que en la licitación debe quedar muy en claro que la propuesta básica debe ser en concreto asfáltico y la propuesta en concreto de cementos sólo una alternativa, pudiendo el licitante presentarla o no’.

“8. En abril 17 de 1984, en la sesión que consta en el Acta 434, la Junta modificó algunas de las normas de la Resolución número 019 de 1983, en especial lo relativo a la clasificación, y se definió que en la Licitación Pública VD-002-84 podrían participar los clasificados en las categorías A y B.

“9. En mayo 29 de 1984, se llevó a cabo la sesión que consta en el Acta 437, con el fin de adjudicar la Licitación Pública VD-002-84, allí se muestra muy claramente como, la Junta simplemente se acogió a una exposición del Gerente, encaminada a mostrar preferencia por el pavimento en concreto de cemento; entre otras cosas dijo que ‘se consideró procedente tener una *equivalente en el diseño para las dos alternativas y poder llegar a obtener un valor real en cada una....*’. Ninguno de los miembros preguntó qué implicaba el que a unas propuestas les faltaran documentos. Ninguno cuestionó el hecho de que en anteriores sesiones se hubiera insistido en la posibilidad de adjudicar a la propuesta más baja. Ninguno preguntó por qué, si las dos

SECCION TERCERA

alternativas eran equivalentes, se adjudicaba a una propuesta \$48.000.000 más cara que otra... ¿por qué?

“10. En junio 20 de 1984, se llevó a cabo la sesión que consta en el Acta 438, en la cual el Ingeniero Carlos Arturo Campo, miembro de la Junta, dejó la siguiente constancia: ‘que su ausencia a la sesión 437 de mayo 29 de 1984, en la cual se adjudicó la Licitación VD-002-84, se debió a una llamada telefónica que recibiera en su oficina, informándole que había sido cancelada la sesión del martes 29 de mayo de 1984, en sentido similar recibieron la misma llamada telefónica los doctores Díaz y otros miembros de la Junta...’. He ahí la respuesta al por qué, consignado en el punto anterior” (fls. 589 a 593, C. 1).

3. El concepto de la violación se lo dedujo de estas causales: “dejar concursar propuestas incompletas, efectuar un proceso irregular de selección y... adjudicar con base en una falsa motivación”.

Respecto de la primera, el actor estimó quebrantado el pliego de condiciones en el Capítulo I, numerales 1.6, literal c) y 1.9 párrafo segundo, y en el capítulo II, numeral 2.11, a literal a-2 y párrafo final.

De la segunda invocó la violación del mismo pliego en el Capítulo I, numeral 1.10, literales a), b) y c); y en el Capítulo II, numeral 2.11 aparte c), párrafo 1º; así como el artículo 65, incisos 1º y 2º del Código Fiscal del Departamento del Valle.

La falsa motivación se desprendió de los considerandos quinto y sexto de la resolución de adjudicación pues no es cierto, a juicio del demandante, “que la propuesta de Aguirre Monroy y Asociados Ltda., estuviera ajustada a los criterios de adjudicación, ni que la evaluación hubiera llevado a esa conclusión, ni que fuera la más favorable a la luz del Código Fiscal”.

4. Notificado el auto admisorio de la demanda, el establecimiento público demandado la contestó, hizo un resumen de los hechos y de los argumentos planteados por el actor y alegó como razones de la defensa:

a) Que en relación con la prórroga automática de la garantía de seriedad de la propuesta, en el caso de la firma “Aguirre Monroy y Asociados Ltda.” cumplió plenamente lo estipulado en el pliego de condiciones, numeral 2.11, literal a-2; que, de otra parte, como la adjudicación se hizo en tiempo oportuno, la póliza respectiva estaba vigente sin necesidad de acudir a dicha prórroga automática; que en las mismas circunstancias se encontraba la propuesta de la firma “Uricoechea Calderón y Cía. Ltda.” sin que tampoco fuese rechazada por incompleta;

b) Respecto de la preferencia del concreto de cemento frente al concreto asfáltico, explicó que se trataba de una alternativa ampliamente regulada en el pliego de condiciones y cuya adjudicación estuvo precedida de un estudio serio que mostraba las ventajas de la misma, razón que condujo a la Junta Directiva a adoptar una decisión unánime; por consiguiente, el considerando sexto de la resolución de adjudicación es una síntesis afortunada de lo dicho por la Junta. Añadió que los proponentes estaban en Libertad de escoger las dos propuestas o una de ellas, pues ninguna revestía carácter obligatorio aunque las dos tenían fuerza vinculante; sí, luego del estudio respectivo, resultaba ser la más favorable;

c) Carece de piso la acción de restablecimiento del derecho; cuando la administración optó por el sistema de concreto de cemento, antes del análisis individualizado de las propuestas, dejó sin posibilidad de análisis a la propuesta del actor que se había elaborado para concreto asfáltico;

d) Propuso las excepciones de “carencia de acción para demandar” e “inepta demanda” y solicitó pruebas (fls. 623-647 del C. 1).

5. El Tribunal señaló para la práctica de las pruebas, un término de 30 días (fls. 683 y 684, C. 1 bis), a cuyo vencimiento y previo el traslado de rigor, las partes presentaron los alegatos finales de la instancia.

El apoderado del demandado sostiene que “durante el transcurso de la etapa probatoria no han aparecido ni hechos, ni pruebas nuevas que permitan vislumbrar que al demandante le acudía razón en sus pretensiones” y que la mayor parte de los hechos de la demanda “no guardan relación con las pretensiones”; reproduce apartes de la providencia mediante la cual el Procurador Regional de Cali se abstuvo de formular cargos a los implicados en el proceso disciplinario que se adelantó, a instancias del actor, por los mismos hechos que aquí se debaten; reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; critica, por no ser sólido ni coherente, el dictamen pericial rendido en el proceso e insiste en los argumentos expuestos en el escrito de objeción del mismo que fue rechazado por cuanto no consignó los honorarios de los peritos (fls. 783-804, C. 1 Bis).

La apoderada judicial del actor estima probados los hechos de la demanda y las causales de nulidad de la adjudicación aducidos en la misma; contradice el pensamiento del demandado en relación con las excepciones; defiende el “concepto técnico que sirvió de base para la elaboración del cuestionario a los peritos” y el dictamen de estos, y deja a la consideración del tribunal la estimación de los perjuicios por aplicación de la cláusula penal

SECCION TERCERA

pecuniaria (fls. 807-811). El Fiscal del Tribunal considera que se deben negar las peticiones de la demanda (fls. 841-854, C. 1 Bis).

6. En lo esencial, las razones que asistieron el pronunciamiento del *a quo* son las siguientes:

“6. Enfrentados como se acaba de hacer, los planteamientos de las partes, corresponde ahora al Tribunal expresar su criterio en orden a determinar a quién asiste la razón. Será lo primero examinar los alcances de la exigencia relativa al compromiso de la Compañía de Seguros o del Banco de prorrogar automáticamente la garantía de la propuesta, contenida en el inciso segundo del numeral 1.9 del pliego de condiciones.

“La norma quedó transcrita antes, en el numeral 4 de las consideraciones de este proveído. Pero no está de más volver a reproducirla, pues, precisar su sentido es de la mayor importancia. Dice:

“Adicionalmente, la compañía o Banco debe comprometerse a prorrogar automáticamente la garantía por períodos sucesivos de treinta (30) días, a solicitud de la oficina de Valorización Departamental del Valle, en el caso de mora en la adjudicación”.

“No deja al texto de la norma transcrita duda alguna en el sentido de que era requisito indispensable para la adjudicación de la licitación, que la garantía de la propuesta estuviera vigente en ese momento. Su objeto no era otro que garantizar que en el caso de serle -adjudicada la licitación, el adjudicatario la aceptaría y formalizaría el contrato-. Para quedar la entidad oficial a cubierto en caso de que vencido el plazo de la garantía no se hubiera producido aun la adjudicación, se exigió el compromiso de la Compañía de Seguros o del Banco de prorrogar automáticamente la garantía, por períodos sucesivos de treinta días, a solicitud de la Oficina de Valorización.

“De lo anterior surge una obvia conclusión: que la exigencia era de que la garantía estuviera vigente a la hora de la adjudicación. Por lo que si la garantía inicial debía cubrir un período de noventa (90) días y dentro de ellos iba a realizarse la adjudicación, era innecesario exigir el aludido compromiso como anexo de la propuesta. Esta conclusión la reafirma el propio pliego de condiciones, que en el numeral 7 del modelo de la carta de presentación de la propuesta (fl. 97, cdno. 1), sólo menciona como documentos anexos (distintos de los que configuran la propuesta misma), cheque de gerencia, fianza Bancaria o de Compañía de seguros y recibo de cancelación.

“Entonces, en el caso de autos, de acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el término de la garantía era de noventa días, que la fecha de

apertura de la Licitación fue el 23 de abril de 1984 y el de cierre el 7 de mayo del mismo año, que el término para la adjudicación se prorrogó hasta el 29 de mayo de 1984 (fecha inicial era el 10 de mayo), que la adjudicación se verificó el día último de la prórroga y que la póliza presentada por "Aguirre Monroy y Asociados Ltda." tenía vigencia hasta el 8 de agosto de 1984 (desde el 7 de mayo), se tiene que en el momento de la adjudicación estaba vigente la garantía y lo estaría todavía en exceso, por lo que no era necesario la exigencia del aludido compromiso.

"En los términos anteriores, la falta de prueba del compromiso al momento de cerrarse la adjudicación no podía conllevar la descalificación del proponente, pues ese documento podía ser aportado hasta antes de la adjudicación. Por esto y con relación al tema de la garantía, el cargo formulado por el actor carece de fundamento.

"El segundo punto que es preciso dilucidar aquí es el relativo a la vinculación para las partes de las alternativas I y II; y sí la Administración obligatoriamente debía adjudicar sobre la alternativa I, por ser la II opcional y por tanto no obligatoria para los proponentes.

"Evidentemente, de conformidad con el pliego de condiciones (capítulo I, num. 1.2), la obligación de los licitantes era hacer su propuesta para la construcción de la vía Good Year-Texaco-Yumbo, en dos calzadas, pavimentadas en concreto asfáltico. Pero también se les dio opción para proponer en la que se llama alternativa II (capítulo V del pliego de condiciones) que defería de la primera básicamente en que el pavimento se haría en concreto de cemento y en que no era obligatoria.

"¿Qué significa lo anterior? ¿Que los licitantes fueron engañados? Que la adjudicación sólo podía hacerse sobre la alternativa I: No se necesitan mayores reflexiones para concluir que la administración estaba interesada en recibir propuestas tanto para la pavimentación de la vía en concreto asfáltico como en concreto de cemento; por tanto, y así debieron entenderlo los licitantes, se colige que la adjudicación podía hacerse sobre una u otra alternativa, según su conveniencia. Y que desde luego, siendo opcional la Alternativa II, los licitantes no estaban obligados a hacer propuestas sobre ella; y el no hacerlo debía entenderse como falta de interés en esa alternativa. Así, quien no hizo propuestas para la alternativa II, no lo hizo porque no estaba interesado en ello y no puede ahora venir a alegar, que fue engañado. No puede hablarse de engaño o fraude cuando los términos del pliego de condiciones son tan claros que no inducen a equivocaciones.

SECCION TERCERA

“Es absurdo pretender que la Administración debiera haber adjudicado sólo sobre la alternativa I, pues es evidente su interés en ambas alternativas y todos los licitantes tuvieron la oportunidad de proponer para ambas. Y que el único criterio para la adjudicación debiera ser el menor precio, pues existen otros aspectos no menos importantes como los consignados en la resolución acusada, que pueden mover la voluntad de la administración ya en uno u otro sentido. Los motivos señalados por el Departamento de Valoración en el proveído cuestionado están enmarcados dentro de los parámetros trazados en el pliego de condiciones y el artículo 66 del Código Fiscal del Departamento (en especial en cuanto hace relación a la conveniencia de las propuestas).

CONCLUSION Y RESOLUCION:

“Careciendo como se ha visto, de fundamento las alegaciones de la parte demandante y siendo inanes los cargos formulados contra el acto administrativo acusado, debe concluirse en que las pretensiones contenidas en la demanda son imprósperas como así será declarado atendiendo la peticiones de la parte demandada y de Fiscalía” (fls. 863-866, C. 1 Bis).

7. La recurrente manifiesta su inconformidad, razonando de la siguiente manera:

a) En lo relativo al cargo denominado “propuestas incompletas”, dijo:

“El Pliego de Condiciones, ley de las partes, en el Capítulo I, numeral 1.9, párrafo segundo, exigió que la compañía de seguros o banco ‘se comprometiera a prorrogar automáticamente la garantía por períodos sucesivos de treinta días’.

“¿A través de qué medio se puede concretar un compromiso de esta naturaleza, el cual garantice *Prorrogas automáticas sucesivas*? Razón tuvieron lo asistentes al acto de cierre de la licitación en cuestión en dejar constancia de que ‘la firma Aguirre Monroy no presenta certificado de prórroga de la póliza de seriedad de la propuesta’ porque ese certificado sí era el medio eficaz para garantizar tal compromiso.

“Pero según se desprende del criterio expresado por ese honorable Tribunal bastaba con la buena voluntad de la aseguradora y vaticina que ‘por lo que si la garantía inicial debía cubrir un período de noventa días y dentro de ellos iba a realizarse la adjudicación, era innecesario exigir el aludido compromiso como anexo de la propuesta’. Pregunto: ¿Qué hubiera sucedido si el adjudicatario no hubiera estado interesado en la obra? ¿le habría bastado con dejar transcurrir el tiempo y, entonces, la administración hubiera sido burlada? (fls. 868 a 869, C. 1 Bis).

b) Manifiesta que la propuesta seleccionada no era la más favorable para la administración;

“Ante diseños equivalentes no cabe motivar la adjudicación argumentando el alto frenado de la vía, ni la mayor resistencia, ni el menor costo de mantenimiento. Porque, precisamente, *diseños equivalentes* para una obra significa que, una vez construida dicha obra, con uno cualquiera de dichos diseños el resultado será el mismo en cuanto a comportamiento, resistencia y duración.

“(...).

“Diseños equivalentes llevan a un mismo resultado de duración, resistencia y comportamiento de una obra, de tal forma que permiten concluir: Esta propuesta es más favorable, porque es más barata. Quedan aparte las consideraciones relativas al proponente, su cumplimiento, su solvencia moral y económica, etc. La manifestación de ese honorable Tribunal en el sentido de que (es absurdo pretender... que el único criterio para la adjudicación debiera ser el menor precio’ (p. 10) está francamente en contravía de la ley cuando pone el precio en primer lugar de comparación: *En igualdad de condiciones se preferirá la propuesta que ofrezca el mejor precio*. Pues bien, la igualdad de condiciones es a lo que llevan los *diseños equivalentes* y a esto se refieren las actas de Junta Directiva aportadas al proceso.

“Tal como se expresó en la demanda, si los aspectos técnicos no se lograban obtener satisfactoriamente con el concreto asfáltico no se podía llamar a licitar para esa alternativa obligatoria. Dicho en otras palabras, los diseños no serían equivalentes.

“Así mismo, es inadmisibile pretender que un pliego de condiciones no incluya y advierta las condiciones y especificaciones técnicas de la obra; y es más inadmisibile aún que se establezcan esas condiciones después de recibidas las propuestas con el sólo propósito de descartar la opción obligatoria (concreto asfáltico) violando el pliego de condiciones que establecía un diseño equivalente para ambas alternativas.

Es de toda evidencia que la alternativa seleccionada no era la más favorable; tal como exige la ley, y simplemente bastaría con comparar los precios entre propuesta seleccionada y la del demandante.

“Pero sucede además, que los argumentos de la motivación de la sentencia apelada son los mismos que aparecen en la motivación de la resolución demandada, la cual asegura que la propuesta de Aguirre y Monroy

SECCION TERCERA

era la más favorable por cuestiones técnicas sin que el honorable Tribunal haya dilucidado tales aspectos técnicos, teniendo, como lo ordena la ley, la posibilidad de solicitar toda la información necesaria a través de peritos o de expertos en la materia, si consideraba que lo aportado al proceso no era suficiente para su ilustración.

“El Pliego de condiciones estableció que ‘ambos diseños (para la obra) deben ser equivalentes’. La palabra *equivalentes* es fundamental en esta demanda y, lo mismo que gran parte de ella, ha sido dejada de lado por el honorable Tribunal; me permito reexplicar su sentido: la equivalencia en el diseño equipara las alternativas en su aspecto técnico. Cualquiera de las dos alternativas (concreto de cemento o concreto de asfalto) teniendo diseños equivalentes ofrecerían iguales resultados técnicos” (fls. 870 a 871, C. 1 Bis).

c) El Tribunal no consideró los cargos concernientes a la falsa motivación del acto de adjudicación;

d) A contrapelo del pensamiento del *a quo*, estima que fue engañado con la actuación de la administración.

“...porque el pliego de condiciones no contemplaba las características técnicas argüidas en la motivación de la resolución demandada”.

“...porque concursó para la alternativa en concreto asfáltico y en la resolución de adjudicación se le dijo que esa opción no cumplía con los requisitos técnicos”.

“...porque en igualdad de condiciones y con el mejor precio su propuesta ni siquiera fue tenida en cuenta para la adjudicación” (fls. 871 a 872, C. 1 Bis).

e) Finaliza diciendo que el fallo impugnado no tuvo en cuenta los aspectos técnicos que tienen amplio respaldo probatorio en el proceso (fls. 868-872).

8. En esta instancia alegó el apoderado judicial del demandado para apoyar los argumentos del fallo y los que, con antelación, había presentado el agente del Ministerio Público.

9. El concepto fiscal estima que se debe declarar la nulidad del acto de adjudicación pero que no hay lugar a reconocer los perjuicios que reclama el actor; sus reflexiones se expresan bajo el siguiente texto:

“...hay que hacer distinción entre el objeto de la licitación y las diferentes alternativas de soluciones que se pueden solicitar por el ente encargado de abrirla.

“El objeto de la licitación pública, debe ser igual y único para todos los proponentes. Lo que se puede y en ocasiones hace la Administración, es solicitar en el pliego de condiciones, propuestas de soluciones alternativas.

“Así por ejemplo el objeto de la licitación en el presente caso era la construcción de la doble calzada Good Year- Texaco- Yumbo. Todos los oferentes debían saber que ese era el trabajo que se haría. Ahora bien, la licitación ha podido establecer por cualquier razón, para mayor amplitud, o por necesidades del servicio, etc., que los proponentes hicieran ofertas para un trabajo en tal o cual modalidad -en el caso concreto pavimento asfáltico; y ofertas en otra modalidad, que para el caso era pavimento en cemento-. Es decir podía el ente oficial solicitar a los licitantes soluciones alternas para lograr su objetivo.

“Lo que no era posible, era dejar o permitir que una de las propuestas fuera opcional. Al dejar en libertad a los oferentes o licitantes para presentar la segunda alternativa, se estaba cambiando el objeto de la licitación, pues para todos operaba la alternativa uno, pero para algunos proponentes la alternativa uno y la dos.

“La facultad que tiene la Administración de escoger entre varias alternativas no puede entenderse como opción de presentarlas por parte de los licitantes, pues esto equivale a permitir o autorizar que se presente disparidad entre los licitantes y a que no todas las propuestas puedan ofrecer una solución completa, reduciéndose así el campo de escogencia de la Administración, y por otra parte descalificando un buen número de licitantes.

“No tiene pues ningún sentido, ni es sano, ni práctico, ni lógico, hacer una licitación a medias en donde solamente sea obligatorio presentar una solución, para escoger y adjudicar el contrato a quien propuso una solución alterna no obligatoria.

“La administración tiene facultad para escoger entre varias alternativas, pero no puede transferir esa facultad a los proponentes, pues se desvirtúa el propósito y el objetivo de la licitación. En el presente caso tal posibilidad se tradujo realmente en dos clases de propuestas, cuando se trataba de una sola licitación.

“Es entendible pues por qué dice el Actor, que como únicamente era obligatorio formular una propuesta, la que no era obligatoria no podía ser escogida. La anomalía se presentó en la manera como se elaboró el pliego

SECCION TERCERA

de condiciones al no definir y unificar la propuesta para todos los licitantes. El error anterior dio origen a dos clases diferentes de propuestas y a dos clases de oferentes. Cualquiera que haya sido el motivo que tuvo la Administración para hacerlo lo cierto es que no se cumplió con el propósito de la licitación pública.

“En una licitación puede existir libertad de concursar, pues a nadie se le puede obligar; pero ello no significa, como lo dice el apoderado de la Administración, que esa libertad implique la modalidad de la propuesta con opción de hacer una cosa u otra. El resultado de tal ‘libertad’ lleva a propuestas diferentes y a colocar a los proponentes en disparidad de condiciones. La Administración aquí confundió la libertad que la ley le otorga para escoger entre varias alternativas con una elaboración equivocada de un pliego de condiciones. Confundió la facultad de escogencia con la obligatoriedad de realizar un pliego de condiciones único y claro. Trasladó su poder de escogencia a los proponentes, cuando lo correcto para todos ellos ha debido ser presentar las diferentes alternativas a que se refería el pliego.

“En el presente caso se podría afirmar que hubo diferentes licitaciones: la primera que se refiere a la construcción de la mencionada carretera en pavimento asfáltico, y otra licitación anómala para la pavimentación en cemento; como esta última no fue obligatoria, no se ha debido considerar por la Administración.

“Tiene pues razón la parte actora al anotar que la licitación así adjudicada es nula.

“Lo observado implica no solamente un vicio del pliego de condiciones, sino una grave anomalía en la escogencia y adjudicación que hizo la Administración, que lleva a declarar la nulidad del acto administrativo que se demanda.

“Teniendo en cuenta que tal nulidad no puede acarrear derechos para ninguno de los licitantes, así tampoco se le pueden reconocer los perjuicios que solicita el actor” (fls. 894 a 897, C. 1 Bis).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las razones que impulsan las pretensiones de la demanda y la impugnación de la sentencia son fundamentalmente tres, a saber:

a) Haber adjudicado la Licitación Pública VD-002-84 a la firma “Aguirre, Monroy y Asociados Ltda.”, pese a que no presentó el “certificado de

prórroga de la póliza de seriedad de la propuesta”, documento necesario a la luz del pliego de condiciones en el Capítulo I, numeral 1.9, párrafo segundo y en el Capítulo II, numeral 2.11, literal a) 2 y párrafo final, disposiciones que fueron transgredidas con la conducta administrativa;

b) Haber adjudicado la licitación a la alternativa prevista como opcional en los pliegos de condiciones, descartando la alternativa obligatoria, con desconocimiento de la equivalencia existente entre ellas;

c) La falsa motivación del acto de adjudicación, que recoge las censuras descritas en los literales a) y b) anteriores, con la pretensión de demostrar que dicha adjudicación no se hizo a la propuesta más favorable para la entidad pública.

a) En cuanto al primero de los cargos que formula el actor, las disposiciones del pliego de condiciones que señala como violadas establecen:

Capítulo I, número 1.6, literal c):

“La propuesta junto con todos los documentos que la acompañan, deben entregarse personalmente en la Oficina de Valorización Departamental, por triplicado, en sobre separado y numerados del 1 a 3 (original, duplicado y triplicado), los cuales deberán estar marcados exteriormente con el nombre del proyecto, el del proponente y su dirección. En caso de divergencia entre las copias, regirá lo consignado en el original” (fl. 63).

El número 1.9 del mismo capítulo establece (la violación se limita, según el actor, al segundo párrafo).

“Cada proponente deberá garantizar la seriedad de su propuesta acompañándola con el certificado de constitución de una fianza a favor de la oficina de Valorización Departamental del Valle expedida por un banco o compañía de seguros legalmente establecidos en Colombia, con un término de noventa (90) días en una cuantía de tres por ciento (3%) del presupuesto del proponente para garantizar que si el contrato le es adjudicado, lo formalizará en los términos y condiciones fijados.

“Adicionalmente, la compañía o banco debe comprometerse a prorrogar automáticamente la garantía por períodos sucesivos de treinta (30) días, a solicitud de la oficina de Valorización Departamental del Valle, en el caso de demora en la adjudicación” (fl. 66).

El Capítulo II, número 2.11, literal a)-2 y párrafo final:

“Habrá lugar a la eliminación de propuestas antes de aplicar el sistema de selección que establece este reglamento en los siguientes casos:

SECCION TERCERA

“(…)

“a-2 Cuando falta (sic) algún documento de los exigidos en el pliego de condiciones”.

“(…)

“Las propuestas que se hallen en cualquiera de las circunstancias anteriores serán rechazadas de plano y no se considerarán en ninguno de sus aspectos”.

En frente de esta preceptiva el demandante esgrime el “acta de cierre y apertura de propuestas de la Licitación VD-002-84”, en la cual, entre las *observaciones hechas por los licitantes* se lee lo siguiente: “solicitan se deje constancia que... la firma Aguirre Monroy, no presenta certificado de prórroga de la póliza de seriedad de la propuesta”.

Lo primero que se advierte es la insuficiencia probatoria del documento que respalda este cargo, pues el actor aportó copia no auténtica del mismo (fls. 32 y 33 del C. 1), vale decir, sin el lleno de los requisitos enlistados por el artículo 254 del C. de P. C. como necesarios para que las copias tengan el mismo valor probatorio del original.

Esta circunstancia sería suficiente para estimar que el actor dejó de cumplir con la carga procesal de probar la violación que reprocha al acto de adjudicación; sin embargo, la Sala aprovecha la oportunidad para hacer un análisis más prolijo de la situación planteada.

En un Estado de Derecho la actividad de la administración está determinada por un principio de legalidad, el que, al tiempo que le otorga prerrogativas le impone también sujeciones; entre éstas se destacan, dentro de la etapa previa a la celebración del contrato, el cumplimiento riguroso de las formalidades establecidas por la ley para la selección del contratista; con esa finalidad, la entidad pública interesada tiene a su favor la prerrogativa de elaborar un pliego de condiciones pero, una vez elaborado y adquirido por los posibles oferentes, tiene la sujeción de actuar en consonancia con las reglas que, en un amplio margen de discrecionalidad, consagró unilateralmente en dicho pliego.

De allí que, en el camino de escoger al contratista y de celebrar el contrato con quien resulte agraciado, el pliego de condiciones sea la ley que deben observar y obedecer tanto el particular como la administración pública; posteriormente, durante la ejecución contractual, será valioso instrumento para la interpretación de las cláusulas pactadas y para la definición de los conflictos.

Siendo, pues, “la ley del contrato”, como es común reconocerlo, el pliego de condiciones, como toda ley, es susceptible de interpretación en cuanto sea necesario aplicar sus normas a circunstancias dudosas o ambiguas; es, por consiguiente, objeto de interpretación, en sí mismo y en consideración a su carácter de “ley”, e instrumento para interpretar el contrato resultante, en tanto antecedente del mismo.

En este orden de ideas, la aplicación del pliego a las circunstancias, muchas veces imprevistas e imprevisibles, que se presenten en desarrollo de la licitación, no puede ser el resultado de una operación simplemente mecánica; corresponderá al intérprete asistir activamente al encuentro del precepto jurídico con los hechos para lograr el sentido que más se acomode a la justicia y a la conveniencia pública.

Las premisas anteriores conducen a concluir que el oferente tendrá que ajustarse a las exigencias del pliego si pretende que su propuesta sea considerada en el concurso; este principio, sin embargo, no se puede llevar a extremos tales que obliguen a la administración a dejar de considerar una propuesta favorable por el desconocimiento de requisitos menores que no justifican el rechazo de la oferta.

En asuntos similares la Sala ha seguido estos criterios; así por ejemplo, en sentencia de 19 de febrero de 1987, actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A., Socovig, con ponencia del Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta, dejó trazadas estas pautas:

“...Así las cosas, un manejo del asunto con la lógica de lo razonable, ha debido permitir al licitante concluir que el aspecto que se invocó como apartamiento del pliego de condiciones no era sustancial, ni determinante, sino de simple trámite o espera corta en el tiempo, circunstancias todas que han debido llevarlo a no concluir con la rigidez con que lo hizo, que la propuesta de Socovig no cumplía con los requisitos enlistados en el mismo. En esta materia la doctrina se inclina por un manejo flexible de las situaciones para no hacer nugatorio el derecho que tiene a la adjudicación quien ha presentado una buena oferta, sólo cuestionable por simples detalles. Esto explica que Eduardo García de Enterría enseñe sobre el particular: ‘...hay que tener presente, sin embargo, como ha observado la sentencia de 22 de noviembre de 1973 que no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida...’ (Concurso de Derecho Administrativo. Tomo 1. Cuarta Edición. Civitas, p. 657). Con la misma filosofía

SECCION TERCERA

discurre Enrique Sayaguez Laso quien en su obra *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I. Montevideo. Cuarta Edición, página 564, predica: 'Perosi el apartamiento del pliego fuera sólo en cuestiones de detalle, la oferta podría ser considerada'. 'La cita que el apoderado de la parte actora hace del pensamiento de este mismo tratadista, tomada de su obra la licitación pública, también es de recibo pues sirve para integrar la valoración jurídica del caso'. En ella se anota:

"Las cláusulas del pliego de condiciones constituyen normas de interés general y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la propia administración (supra número 72). Es este un principio fundamental de este instituto (supra número 43).

"Por esa causa, los licitantes, al redactar sus propuestas, pondrán de su parte el mayor cuidado en excluir todo aquello que se separe de lo establecido en el pliego. Si así no lo hicieran, si no respetasen íntegramente las cláusulas del pliego, sus ofertas no podrían ser consideradas, resolviéndose la adjudicación en función exclusiva de las que estuviesen en condiciones.

"Claro está que si se aplicara este criterio en forma absolutamente estricta, en infinidad de casos habría que rechazar la mayoría y quizás la totalidad de las propuestas, porque en algún detalle no han aceptado las exigencias del pliego, que cumplen debidamente en todo lo demás. Y esto ocurre con tanta más frecuencia cuando más analítico es el pliego de condiciones (supra número 74) (Destacado de la Sala).

"Poreso admítase que cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es sólo en cuestiones de detalle, sin trascendencia, respetándose el pliego en todo lo demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconveniente para que, si está en primer término, se le declare adjudicatario. Habría, sí, alguna pequeña irregularidad en la adjudicación: pero como es insignificante, de poca importancia, no dará lugar, consecuente con el criterio general sobre el punto (infra número 105) a nulidad alguna".

Dentro del mismo marco de comprensión jurídica el procurador judicial de la parte demandante recuerda que, también José Roberto Dromi afirma: "Los meros defectos formales que no afecten sustancialmente la validez, de la oferta, no provocan su rechazo. Es más, el licitante puede emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo apercibimiento de rechazo o desestimación (sic)" (La Licitación Pública.

Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 345) (Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre 1987, Volumen I, pp. 846 a 847).

En el caso que examina la Sala, aún en el evento de que la firma adjudicataria hubiese incumplido el requisito de acompañar el compromiso de la prórroga automática de la garantía de seriedad de la propuesta, asunto que, como se dijo, no está debidamente probado, el defecto no puede conducir, inexorablemente, a la descalificación de su oferta, dejando de lado circunstancias de mayor significación tales como la constitución y presentación adecuadas de la póliza (fl. 12 del cdno. de antecedentes administrativos), la no utilización de la prórroga por cuanto la adjudicación se hizo dentro del término de vigencia de la garantía original, amén del lleno de los demás requisitos del pliego de modo que la hacían apetecible para los intereses de la entidad licitante (fls. 138-164 del cdno. de antecedentes).

Este cargo no prospera.

b) En lo atinente al segundo punto, el actor estima quebrantado el pliego de condiciones y el Código Fiscal del Departamento del Valle.

Del primero considera violados:

En el Capítulo I, número 1.10, literales a), b) y c) que establecen:

“En la evaluación de propuestas para la adjudicación correspondiente se tendrán en cuenta, además de los términos establecidos en el pliego de condiciones, los siguientes factores:

“a) El precio, el plazo, la calidad, el cumplimiento en contratos anteriores, la solvencia económica, la capacidad para contratar esta obra, la capacidad técnica, la experiencia, organización y equipo de los oferentes;

“b) Igualmente, la conveniencia de las propuestas y la distribución equitativa de los contratos que se están tramitando, o ejecutando con la entidad licitante;

“c) En igualdad de condiciones se preferirá la propuesta que ofrezca mejor precio, en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios y su conveniencia” (fl. 9, C. 4).

En el Capítulo II, número 2.11, aparte C, párrafo primero:

“Estudiadas las propuestas y efectuado el análisis comparativo de ellas, deberá hacerse la adjudicación al licitante cuya propuesta se estima más

SECCION TERCERA

favorable y esté ajustada estrictamente al pliego de condiciones o términos de referencia” (fl. 20, C. 4).

El artículo 66 (el actor equivocadamente señala el art. 65), incisos 1º y 2º del Código Fiscal del departamento del Valle, preceptúa:

“Estudiadas las propuestas y efectuado el análisis comparativo de ellas, deberá hacerse la adjudicación al licitante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada estrictamente al pliego de condiciones o términos de referencia.

“En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente con fundamento, entre otros, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes” (fl. 815, cdno. 1 Bis).

El cuestionamiento se respalda en esta razón fundamental:

“...haber evaluado como únicas aceptables las propuestas presentadas para la alternativa II (la de pavimento en concreto de cemento)” incurriendo en el error de “desechar la alternativa I, dentro de la cual estaban, precisamente, los mejores precios, los más favorables para la administración”.

Por tanto el Tribunal plantea bien el problema cuando estima que su tarea consiste en dilucidar la legalidad de la decisión de la entidad licitante al acoger un de las fórmulas planteadas en el pliego con exclusión de la otra, cuyas propuestas no fueron consideradas.

Según los pliegos, el objeto de la licitación consistió en “la construcción de la doble calzada entre las glorietas de Good Year-Texaco-Yumbo (carretera Puerto Isaacs-Yumbo)...” (nums. 1.1); para ello se dejaron previstas dos fórmulas: la una en concreto asfáltico (nums. 1.2) y la otra en pavimento de concreto (a partir del Cap. VI), sin que nada indique la intención del establecimiento público licitante de considerar la primera como obligatoria y la segunda como opcional. Por el contrario en los adendos al pliego, se habló indistintamente de “alternativa en concreto de asfalto” y de “alternativa en concreto de cemento” (fl. 207 del cdno. 4) o de “alternativa 1 y 2”, sin ninguna otra especificación.

Se entiende, entonces, que los oferentes quedaban en libertad para formular su propuesta en las dos alternativas o en una de ellas, según se acomodara mejor a las condiciones de cada quien de su lado, como es obvio, la entidad pública conservaba la facultad para escoger una de las dos alternativas excluyendo la otra, decisión que, de suyo, implicaba la inutilidad del análisis de las propuestas formuladas para la alternativa desechada.

Este procedimiento elemental surge de la sola lectura de los pliegos, de modo que todos los licitadores tenían pleno conocimiento del mismo; consagrada la doble posibilidad para la ejecución de la obra objeto del concurso, la primera determinación de la entidad interesada consistía en decidirse por una de ellas; y así lo hizo; prefirió el concreto de cemento con razones técnicas cuya validez no se ha desvirtuado.

Ocurrido lo anterior, es evidente que las únicas propuestas que entran en la competencia son aquellas que presentaron la alternativa seleccionada; en esa conducta no hay engaño, ni intenciones ocultas, ni atentado contra la buena fe de los licitadores; los pliegos de condiciones pueden dejar abierta la posibilidad de proponer alternativas (art. 30, Decreto Extraordinario número 222 de 1983); se hizo uso de esta facultad legal y se procedió en consecuencia.

No se infringe el principio de igualdad de los proponentes; para todos se dejó abierta la doble posibilidad; proponer para una sola de ellas era correr el riesgo de que su fórmula no fuese escogida y, por lo tanto, de quedar fuera del concurso; el actor corrió ese riesgo al no hacer la propuesta para las dos alternativas; la suya no fue seleccionada y, por lo tanto, no se le hizo ningún análisis. Si alguna culpa existiese, sería atribuible al propio oferente que no se precavió adecuadamente.

No hay cambio del objeto de la licitación; el concurso se abrió para la construcción de la obra pública descrita; ese es el objeto de la licitación como quedó bien definido en los pliegos; para la ejecución de tal objeto se presentaron dos caminos: concreto asfáltico, y concreto de cemento, de los cuales se escogería uno antes de proceder a la selección del contratista.

Al no prosperar los dos cargos anteriores, también fracasa el tercero pues son supuestos necesarios de la falsa motivación alegada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

SECCION TERCERA

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA/INCORA / ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME / CADUCIDAD

Esta jurisdicción es la competente para conocer de la acción rescisoria por lesión enorme instaurada contra contratos celebrados por el Incora en compra venta de inmuebles rurales, en desarrollo de los fines perseguidos por la Ley 135 de 1961 con las modificaciones introducidas por leyes posteriores, incluida la Ley 30 de 1988. Establecido lo anterior se afirma la tesis de que el artículo 136 del C. C. A., in fine, regula el término de caducidad de dichas acciones, pero es discutible que en estas está comprendida la acción rescisoria, en los términos del artículo 87 del C. C. A. Cabe recordar que la rescisión por lesión enorme es una acción especial que tiene un régimen también especial en el Código Civil y unos términos de prescripción propios, diferentes al indicado en ese artículo 136 para la caducidad de las demás acciones agrarias. Por esa razón, el aspecto cuestionado sobre la oportunidad de la acción deberá dejarse para la sentencia de fondo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Ref.: Expediente número 6964.

Apelación Auto.

Actor: Sociedad ADAL Ltda.

Decide la Sala la apelación interpuesta por la sociedad actora contra el proveído de 23 de julio de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio del cual se inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

SECCION TERCERA

EL AUTO RECURRIDO

Tres son los aspectos concretos que el proveído apelado desarrolla, para arribar a la inadmisión de la demanda, a saber:

1. Competencia del Tribunal.
2. Conflicto de jurisdicción, y
3. Naturaleza de la acción.

La Sala sintetiza el contenido de dichos puntos en la siguiente forma:

1. Expone el auto apelado que, por tratarse de un contrato celebrado entre la sociedad actora y el Incora, la naturaleza de la controversia es administrativa y por ende, la jurisdicción competente es la contenciosa administrativa, conforme al planteamiento expuesto en la sentencia de septiembre 15/83 de esta Sala, en el Expediente 3244 en donde aparece como actor la sociedad Gómez Villegas y Cía. Ltda, y de la cual fue Consejero Ponente el doctor Valencia Arango.

En dicha sentencia, partiendo del contenido de los artículos 32 y 36 del Decreto 3130 de 1968, se infiere que todo contrato celebrado por un establecimiento público es administrativo y sus controversias se dirimen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así mismo, que cuando el procedimiento empleado para contratar es de derecho público, el contrato obviamente también es administrativo.

Que como el procedimiento empleado por la Ley 135/61 es de derecho público, así concurra a él voluntariamente el vendedor, los contratos así celebrados por el Incora en compra venta de inmuebles, son contratos administrativos; de la misma manera el fallo aludido hace referencia al avalúo oficial, a la forma de pago, al privilegio exorbitante sobre reivindicaciones, a la aprobación administrativa del contrato, y a la forma obligatoria de contratación, para concluir "...que el fin inmediato del contrato que es directamente el servicio público, el desarrollo de fines sociales comunitarios o de utilidad pública", sin que haya necesidad de mencionar otros factores que la doctrina y jurisprudencia acogen, para concluir con ellos que todos los contratos contemplados en la Ley 135/61 sobre compra venta de inmuebles rurales, son administrativos.

Por tanto siguiendo el pensamiento de la Sala, reiterado en sentencia de diciembre 4 de 1989, cabe concluir que dichos contratos son administrativos.

2. Frente al problema de la competencia planteado por la actora, el *a quo* lo dirime teniendo en cuenta lo anterior, para concluir que es él el competente.

3. El *a quo* considera que la acción planteada es de las llamadas "acciones constitutivas" que tienen por objeto "la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho de sentencia". Luego transcribe algunos comentarios doctrinarios y jurisprudenciales, para concluir que siendo el contrato que se impugna en esta acción de carácter administrativo, como ya se vio, y que ésta es la jurisdicción competente para dirimirlo, habiéndose celebrado dicho contrato el 18 de mayo de 1987 y presentado la demanda el 15 de abril de 1991, en dicha fecha estaba caducada la acción de conformidad con el inciso 6º del artículo 136 del C. C. A., que la determina en dos (2) años.

EL RECURSO DE APELACION

Tres son también los puntos sobre los cuales se fundamenta, a saber:

1. La naturaleza del contrato de compraventa de un predio rural por el Incora que la actora califica como de derecho privado, porque la ley no lo ha definido como administrativo, porque la transferencia de la propiedad rural de una persona a otra tampoco ha sido definida como objeto típico de derecho administrativo; y porque el contrato que se discute no tiene cláusulas exorbitantes, ni había obligación de incluirlas, por lo tanto no se pueden presumir ínsitas en él.

2. Controvierte el hecho de haberse definido la acción como "constitutiva" y por ende que busca la nulidad del contrato y en consecuencia, contenida en el artículo 87 del C. C. A.

Crítica dicho supuesto pues la "rescisión" de un contrato no es igual a la nulidad del mismo, según "cien años de jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia".

Que la acción rescisoria por lesión enorme es típica y especial de los contratos de compra venta de bienes inmuebles, que gira alrededor del precio y la justicia de él y su caducidad está consagrada en el Código Civil (art. 1750).

Dice que semánticamente el artículo 87 del C. C. A. no cobija la acción rescisoria por lesión enorme, y por lo tanto, se rige por normas especiales, es decir, es una acción autónoma frente a la contractual del C. C. A. y su caducidad es la del Código Civil.

3. Que la competencia está radicada en la jurisdicción agraria y no en la civil ni en la administrativa, de conformidad con el artículo 1º del Decreto-ley 2303 de 1989 que creó dicha jurisdicción.

SECCION TERCERA

Por tanto, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la competente y que cualquier decisión debe ser tomada por los jueces agrarios.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. *La competencia*

El artículo 2º del Decreto-ley 2303 de 1989, por medio del cual se organiza la jurisdicción agraria, a que se refiere la parte recurrente, determina los asuntos que debe conocer dicha jurisdicción, y por ende enlista los procesos que con relación a los bienes agrarios y con la actividad guardan relación, a saber:

- a) Reivindicatorios;
- b) Posesorios;
- c) Divisorios;
- d) De expropiación, diferentes a los de la ley sobre reforma agraria;
- e) Originados en contratos agrarios, de aparcería, agroindustriales y compraventa de productos;
- f) Lanzamiento por ocupación de hecho;
- g) Pertenencia;
- h) Saneamiento de pequeña propiedad agraria;
- i) Deslinde y amojonamiento;
- j) Restablecimiento de la posesión o tenencia conforme al artículo 984 del C. C;
- k) Servidumbres;
- l) Derechos de comunero consagrados en los artículos 2330 a 2333 del C. C;
- ll) Relativos a empresas comunitarias, sociedades y asociaciones agrarias.

En el párrafo de dicho artículo, se hace extensiva la competencia de la jurisdicción agraria para conocer de las acciones populares que tengan que ver con la preservación del ambiente rural y el manejo de los recursos renovables de carácter agrario, pero sólo en cuanto no estén asignados a autoridad administrativa determinada.

Pues bien, como puede apreciarse no aparece enlistada la acción rescisoria objeto de la demanda en estudio; tampoco en las competencias

asignadas a la Sección de Asuntos Agrarios de esta corporación y a los tribunales administrativos, conforme a la repartición de competencias reglada en la Ley 30 de 1988 (art. 35), aparece dicha acción rescisoria, pues en el inciso 2º se radicó el conocimiento de las siguientes:

a) Contra actos de carácter no laboral expedidos por el Ministerio de Agricultura y sus establecimientos públicos adscritos;

b) Contra procesos de expropiación de fundos rurales adelantados por el Incora para los fines de la Ley 135/61, conforme a las reglas de competencia contempladas en el C. C. A. y los reglamentos.

En el inciso 3º *ibidem*, se excepcionan de dicho conocimiento de la Sección de Asuntos Agrarios las siguientes acciones:

i) Las relativas a contratos;

ii) Los actos separables de los contratos, y

iii) Las de responsabilidad, salvo la del artículo 59, numeral 18 de la Ley 135/61.

Así las cosas, vistas las competencias radicadas en las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo en materia agraria, y aunque no se encuentre entre sus diferentes procesos el aludido por la actora habrá que concluir con apoyo en la jurisprudencia sentada por esta Sala en su sentencia de septiembre 15/83, ratificada en la de diciembre 4/89 y que ahora se reitera, que la competencia es de esta jurisdicción, por ser suya la relacionada con las controversias derivadas de los contratos administrativos (arts. 87, 131 y 132, numeral 8 y 136 *in fine* del C. C. A.).

En este orden de ideas, esta jurisdicción es la competente para conocer de la acción rescisoria por lesión enorme instaurada contra contratos celebrados por el Incora en compra venta de inmuebles rurales, en desarrollo de los fines perseguidos por la Ley 135/61 con las modificaciones introducidas por leyes posteriores, incluida la Ley 30 de 1988.

2. La caducidad

Establecido como quedó atrás la competencia para conocer de las acciones relativas a contratos celebrados por el Incora en desarrollo de los fines de la Ley 135 de 1961, se afirma la tesis de que el artículo 136 del C. C. A., *in fine*, regula el término de caducidad de dichas acciones, pero es discutible que en éstas esté comprendida la acción rescisoria, en los términos del artículo 87 del C. C. A.

SECCION TERCERA

Cabe recordar que la rescisión por lesión enorme es una acción especial que tiene un régimen también especial en el Código Civil y unos términos de prescripción propios, diferentes al indicado en ese artículo 136 para la caducidad de las demás acciones agrarias.

Por esa razón, el aspecto cuestionado sobre la oportunidad de la acción deberá dejarse para la sentencia de fondo y permitirá la admisión de la demanda propuesta.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Revócase el auto de 23 de julio de 1991 dictado por el Tribunal Administrativo del Cauca. En su lugar:

- a) Admítase la demanda propuesta por ADAL Ltda. contra el Incora;
- b) Notifíquese personalmente tanto al Gerente General de dicho Instituto como al Agente del Ministerio Público;
- c) Fíjese en lista por el término legal;
- d) Solicítese al Incora el envío de los antecedentes relativos a la negociación cumplida con la parte actora y que culminó con la Escritura número 1032 de 18 de mayo de 1987 de la Notaría 2ª de Popayán.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que este auto fue estudiado y aprobado por la Sala en su sesión del día 4 de marzo de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/TORTURA

El detenido ingresó al puesto de Policía en perfectas condiciones de salud y regresó seriamente maltratado, con lesiones en la cara y especialmente en el ojo izquierdo.

Las lesiones fueron causadas por un capitán dentro del establecimiento de detención, luego de haber sometido a la víctima a toda clase de atropellos. De estos hechos se infiere sin esfuerzo alguno la responsabilidad de la Nación. Pero no bajo el régimen del depósito necesario, como lo dice el a quo, sino desde la perspectiva de la obligación legal que contraen las autoridades con los detenidos lo que configura una obligación legal de resultado, ya que deben mantenerlos en las condiciones de salud que tenían cuando fueron aprehendidos, porque nada justifica la tortura física o moral en un país como Colombia que ni siquiera la acepta como razón de Estado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Ref.: Expediente número 7738.

Consulta.

Actores: Julio Iles y Oliva Sánchez de Iles.

Procede la Sala a conocer en grado de consulta la sentencia de 16 de julio de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

“1. Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, administrativamente responsable por las lesiones que sufriera Jaime Iles Sánchez, en hechos ocurridos en la población de el Bordo (Cauca), el día 17 de diciembre de 1988 en las instalaciones del Cuartel de Policía.

SECCION TERCERA

“2. En consecuencia condénase a la Nación-Ministerio de Defensa -Policía Nacional, a pagar a los demandantes perjuicios morales por los hechos así:

- Para Jaime Iles Sánchez (víctima) el equivalente a 1.000 gramos de oro fino.

- Para Julio Iles y Oliva Sánchez (padres) Floralba Buesaquillo (compañera permanente) y Lizbed Iles Buesaquillo (hija) el equivalente a 500 gramos oro fino para cada uno.

- Para los hermanos, Cindi Lorena, Estiward y Luz Neyda Iles Buesaquillo el equivalente a 150 gramos de oro fino para cada uno.

“3. Condénase *in genere* a la Nación -Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar a Jaime Iles Sánchez, los perjuicios materiales por lucro cesante, conforme a la liquidación que se efectuará atendiendo a las pautas señaladas en la parte motiva de esta sentencia y en aplicación a lo dispuesto en los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

“Para la proposición del respectivo incidente se señala un término de 2 meses a partir de la ejecutoria de esta sentencia, término que se dispone en acatamiento del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil.

“4. Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

“5. Se niegan las demás pretensiones de la demanda”.

“6. Enviése copia de esta sentencia con las constancias de notificación y ejecutoria al señor Director General de la Policía Nacional al Ministerio de Hacienda, Procuraduría General de la Nación y al señor Fiscal Primero de la Corporación”.

“7. Sin costas, artículo 171 del Código Contencioso Administrativo”.

“8. Consúltese si no fuere apelada, artículo 184 del Código Contencioso Administrativo”.

En la demanda, presentada el 25 de mayo de 1989, se narraron, según la síntesis del Tribunal, los siguientes hechos:

“En la noche del viernes 16 de diciembre de 1988, se realizaba una verbena bailable en las calles de El Bordo, a la que asistió Jaime Iles con su compañera Floralba Buesaquillo atendiendo invitación de un amigo

común, Jesús Parra, dedicándose a bailar y tomar soda pues no era su ánimo ingerir bebidas embriagantes. Entrada la media noche (12 1/2) se formó una trifulca entre varios de los concurrentes, por lo que Jaime y su compañera optaron por retirarse pasando frente a un grupo de Policías que se encontraban tomando bebidas embriagantes, unos con uniforme y otros de civil; pasó frente al puesto de Policía, atravesó la plaza de mercado y una cuadra adelante, hicieron su aparición cinco agentes que los iban siguiendo y sin que hubiera motivo alguno, el Agente Rubén Darío Hormiga P., ultrajó a la pareja, y detuvo a Iles Sánchez conduciéndolo a golpes hasta el Cuartel de Policía, manifestándole que en ese sitio le informarían de los motivos, siendo encerrado en el calabozo”.

Pasados algunos minutos de su retención se introdujo al calabozo el capitán Jorge Ignacio Galvis Zambrano con tres civiles y uno de estos dijo: “Este se me parece”. Acto seguido lo sacaron a una pieza vecina donde fue salvajemente golpeado por este oficial y sus acompañantes, propinándole patadas en el rostro causándole destrozos en el ojo izquierdo perdiendo la visión total y de por vida”.

“Al día siguiente hacia las 11 de la mañana, sin dar explicación alguna fue puesto en libertad. Los hechos referidos se pusieron en conocimiento de la Alcaldesa y Personeros Municipales, lo mismo que en la Procuraduría Regional”.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal decidió el asunto en la forma indicada atrás. Conformes las partes con lo decidido, se envió el proceso a esta corporación en grado de consulta. Tramitado lo de rigor, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

La sentencia será confirmada, en lo fundamental, con algunas precisiones en cuanto a la condena y sus alcances.

Comparte la Sala el análisis del *a quo* y estima que la evaluación probatoria se ajusta a la realidad que muestran los hechos. La apreciación de los indicios es excelente y muestra sin lugar a dudas, como lo dice el *a quo*, que quedaron bien demostrados los siguientes hechos:

1. Que el señor Jaime Iles fue detenido por la Policía de El Bordo el día 17 de diciembre de 1988, desde las 2:40 a.m., hasta las horas del medio día.
2. Que para esa detención no medió justificación alguna seria que la ameritara.

SECCION TERCERA

3. Que el detenido ingresó al puesto de policía en perfectas condiciones de salud y regresó seriamente maltratado, con lesiones en la cara y especialmente en el ojo izquierdo, el que le quedó con la secuela de “deformidad física que altera el órgano de la visión izquierda de manera permanente y deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente”, tal como lo anota el médico rural Dr. Jesús Rodrigo Espinosa (ver fls. 120 y 121 del C. No. 2).

4. Que las lesiones fueron causadas por el capitán Jorge Galvis Zambrano dentro del establecimiento de detención, luego de haber sometido a la víctima a toda clase de atropellos.

De estos hechos se infiere sin esfuerzo alguno la responsabilidad de la Nación. Pero no bajo el régimen del depósito necesario, como lo dice el *a quo*, sino desde la perspectiva de la obligación legal que contraen las autoridades con los detenidos lo que configura una obligación de resultado, ya que deben mantenerlos en las condiciones de salud que tenían cuando fueron aprehendidos, porque nada justifica la tortura física o moral en un país como Colombia que ni siquiera la acepta como razón de Estado.

Sobre el punto la Sala se remite a su sentencia de diciembre 6 de 1988 (Proceso 5187 Ladys Matilde Puentes, ponente Carlos Betancur Jaramillo). De este fallo se destaca:

“Frente al detenido la autoridad militar tenía una obligación de resultado; respetar su vida, su integridad personal y psíquica”.

“No es un caso de depósito necesario, figura desafortunada utilizada por la Sala en asunto similar fallado hace algunos años. No es sólo el cumplimiento de un deber legal. Toda autoridad militar o de policía en su misión de reprimir la delincuencia debe capturar a las personas cuando sobre ellas pesa alguna sindicación. No nace con esa aprehensión una relación contractual para mantenerlo con vida. Es una obligación legal, llegada a las garantías constitucionales mismas”.

Fue este un nuevo caso de brutalidad policial y aunque duele reconocerlo, hay que pregonarlo porque la autoridad no puede perder su autoridad moral ni rebajarse a los métodos de la delincuencia organizada, llámese guerrilla, narcotráfico, paramilitarismo o delincuencia común.

Estuvo bien que el *a quo* hubiera recordado el manejo que esta Sala le ha dado a las torturas llevadas a cabo por la autoridad, al transcribir a partes de la sentencia de 5 de febrero de 1988 (proceso 3009, Mariela Torres de Zambrano caso del guerrillero Marcos Zambrano); tesis jurisprudencial que no pierde actualidad y que merece ser recordada a cada paso.

LOS PERJUICIOS

Para el Tribunal, fueron estos tanto de índole moral como material y en esto coincide la Sala; sobre los morales, observa:

Encuentra la Sala ajustada la condena a favor del ofendido. La pérdida parcial de la visión y la deformidad facial así lo justifican.

Pero estima que la condena a favor de sus padres legítimos (Julio Iles y Oliva Sánchez Ruiz) así como a favor de Lizbed Iles Buesaquillo (su hija extramatrimonial) y de Floralba Buesaquillo (su compañera permanente), es un tanto excesiva y deberá rebajarse el equivalente en pesos de 300 gramos oro para cada uno. Como también deberá reducirse la condena a favor de sus hermanos, para dejarla en el equivalente de 100 gramos oro.

Sobre los perjuicios materiales la negativa al reconocimiento de los gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, deberá mantenerse por una doble razón: porque no se probaron adecuadamente y porque la sentencia se conoce en grado de consulta y no podría hacerse más gravosa para la Nación.

En cuanto a la condena en abstracto deberá mantenerse, en especial porque no se acreditó el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral sufrida por el señor Iles Sánchez.

Por ello, la Sala comparte las pautas señaladas por el Tribunal, con la advertencia de que si no se logra acreditar el ingreso real de la víctima al momento de los hechos, la liquidación deberá efectuarse con base en el salario mínimo legal.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 16 de julio de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, en sus ordinales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo.

Modifícase en su ordinal segundo, pero sólo en lo que concierne a Julio Iles y Oliva Sánchez Ruiz de Iles (padres), Floralba Buesaquillo (compañera de la víctima) y Lizbed Iles Buesaquillo (hija), ya que la condena, para cada uno, será equivalente a 300 gramos oro. Así mismo la condena impuesta a favor de los hermanos de la víctima Cindy Lorena, Estiward y Luz Neyda Iles

SECCION TERCERA

Sánchez, se reduce al equivalente de 100 gramos oro para cada uno. Se mantiene la condena a favor del señor Jaime Iles Sánchez.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día 4 de marzo de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Liquidación / LUCRO CESANTE

Si la administración hace la adjudicación a quien no presentó la mejor propuesta, el afectado tiene interés jurídico e interés real para demandar el pago de los perjuicios que con tal conducta antijurídica se le han causado. Como el proponente fijó el monto de sus utilidades en un cinco (5) se partirá de este porcentaje para hacer la liquidación de los perjuicios. La suma que así resulte, se considera debida desde la fecha en que habría terminado la obra, conforme a lo programado en la oferta.

ADJUDICACION DEL CONTRATO - Criterios / PLIEGO DE CONDICIONES - Requisitos formales / CONTRATO DE ADHESION / OFERTA DE CONTRATO - Calificación / CONTRATO DE OBRA PUBLICA

La administración no fue clara al elaborar los pliegos, motivo por el cual las cláusulas confusas del mismo deben interpretarse en contra de quien elaboró la minuta del contrato de adhesión. El documento exigido (programa de personal) no era requisito sustancial, porque en el pliego de condiciones no se destacó esta faceta, ni se demandaron mayores explicaciones sobre el particular. La tesis de que la administración quedaría maniatada para exigir que se emplee en las obras determinado número de profesionales o técnicos o la de que ese programa es la herramienta para que la interventoría exija el cumplimiento del compromiso del contratista, pues de otra manera no se le podría exigir que mantenga personal calificado en el proyecto, no dejan de ser argumentos de fachada, pero sin respaldo jurídico alguno; la administración tiene, en todo momento, el régimen particular de control y dirección sobre la forma como el contratante cumple las obligaciones

SECCION TERCERA

a su cargo. Ningún órgano asesor del encargado de hacer la adjudicación puede dar conceptos que puedan calificarse de obligatorios o inapelables, pues transitando por esa vía se sustituye al competente para que decida el que no lo es; los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos. La descalificación debe ser hecha por el órgano que debe hacer la adjudicación, por nadie más.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Ref.: Expediente número 6740.

Demandada: Empresas Públicas Municipales de Pereira.

Actor: Henry Téllez Toro.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial de la parte actora contra la sentencia calendada el día veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

“1. El doctor Henry Téllez Toro, Ingeniero Civil con matrícula profesional número 6553 de octubre 14 de 1965, poseedor de una amplia y comprobada experiencia en obras idénticas o similares a la de que aquí tratamos como objeto de la demanda, colaboran con él un suficiente, adiestrado y experimentado personal con equipo y talleres propios que superan los cuatrocientos millones de valor, conforme a las probanzas aportadas con la propuesta y que en fotocopia acompaño.

“2. Las Empresas Públicas de la ciudad de Pereira es un (sic) establecimiento Público descentralizado por servicios del orden municipal conforme a lo dispuesto en el artículo 1º del Acuerdo número 2 del 18 de julio de 1978.

"3. A fin de lograr los fines y objetivos perseguidos con la creación de dicho ente administrativo, éste debe acudir a diferente actividad: actos, hechos, operaciones administrativas y aún a vías de hecho; siendo el contrato uno de los medios más expeditos en su (sic) realizaciones.

"4. En ejercicio de su actividad y competencia jurídicas las Empresas Públicas de Pereira mediante Resolución número 587 del 14 de marzo de 1980 abrió Licitación Pública Nacional 009-88-AC01, cuyo objeto lo constituyen la construcción de las obras 2, 3, 5 y 6 del nuevo acueducto para la ciudad de Pereira con autorización para presentar propuestas por separado o conjuntamente, con fecha de cierre al 5 de mayo de 1988.

"5. El doctor Téllez T., retiró pliego de condiciones diligenciándolas en su totalidad y presentando la oferta como licitante mediante carta de presentación de la obra número 5, consistente en la construcción de parte del canal de conducción entre el K2 + 570 y el K3 + 470 en box-culvert de 2.000 mt x 210 mt de sección libre, siendo las cantidades de obras más representativas: excavaciones y retiros 34.000 m³; concretos 2.110 m³, acero de refuerzo 175 toneladas.

"Siendo la capacidad mínima de contratación para esta obra 250 millones y la propuesta del doctor Téllez \$177.174.950.

"6. Por Acta número 07 del 5 de mayo de 1988 se procedió a la apertura de la urna contentiva de las propuestas recibidas en la licitación pública de que aquí venimos tratando y para la obra número 5 se presentaron nueve propuestas entre las cuales se cuenta la del doctor Téllez.

"7. De las nueve propuestas fueron eliminadas por el Asesor Jurídico de las Empresas, las siguientes: Pavicol -Luis Fernando Potes, Conacon, López Hermanos, Humberto García A., y Henry Téllez T., con el peregrino y subjetivo concepto de que habían omitido o habían presentado mal la regla "programa personal" de que se da cuenta en el numeral 2-13 del pliego de condiciones.

"Lo que hizo exclamar, a los folios 15 y 16 del acta 005-88 de la Junta Directiva de las Empresas a uno de sus miembros, el doctor Luis Guillermo Vélez: "...opino que dadas las circunstancias se está presentando el hecho de que quien adjudica no es la Junta Directiva, ni el Gerente, sino la Oficina Jurídica ya que su concepto tiene más poder que la Junta Directiva, el Gerente o el Alcalde; digo que según que lo que conoce (sic) la descalificación de una propuesta debe ser a criterio de un comité evaluador, con el fin de evitar que se eliminen propuestas por aspectos triviales, a pesar de ser magníficas para una obra por su contenido económico y técnico".

SECCION TERCERA

“En virtud de esta eliminación apriorística y mediante anómalo procedimiento la propuesta de Téllez no pudo ser evaluada, ni conocida para su recomendación por parte de la Junta Directiva, organismo con competencia para ello y no otro individuo conforme a la regla 219, p. 21, volumen 1, del Pliego de Condiciones; dicha competencia reposa en las Empresas Públicas.

“8. El doctor Téllez conforme al contenido de su propuesta no evaluada ni considerada para la Junta Directiva surge como la propuesta más favorable por el precio inferior en \$36.642.906.21, en relación con el precio de la propuesta de Gustavo Osorio y Libardo Salazar que resultó favorecida con un precio de \$213.817.005.20 y, para Téllez \$177.174.098.99. Además de su experiencia por más de veinte años, cumplimiento, equipos propios, personal experimentado, etc.

“9. No obstante, por Resolución de Gerencia número 1425 de julio 25 de 1988 se adjudica al Consorcio Gustavo Osorio R. y Libardo Salazar las licitaciones en lo referente a la obra número 5, con franca violación de claras exposiciones como lo haremos ver en su oportunidad.

“10. El pliego de condiciones en la regla 218, página 19, volumen 1, establece los presupuestos tenidos en cuenta para el análisis y evaluación de propuestas; era natural, que para la propuesta de Téllez con el precio más bajo ofrecido, el total cumplimiento de las especificaciones y estipulaciones, plazo normal de ejecución, capacidad de contratación disponible, larga y óptima experiencia en obras idénticas, numeroso, completo y moderno equipo con talleres de su exclusiva propiedad, buen nombre profesional, social y comercial, idoneidad y experiencia de sus colaboradores: Ingenieros, Topógrafos, Mineros, Maquinistas, Mecánicos, exento de cualquier sanción contractual; no resultara vencedora había que hacer perdida la propuesta original que prima sobre las copias -Dr. Luis Enrique Arango, fl. 30, Acta 006-88 junio 27 de 1988, ‘extrañamente se extravió la propuesta original de Téllez...’ había que fusilarla en el estrecho recinto del Asesor Jurídico con argumentos subjetivos para que los órganos con real competencia no pudieran examinarla otorgándole el máximo puntaje y escogiéndola como la propuesta más favorable.

“11. El hecho de la eliminación que concluye con el acto de adjudicación produjo los perjuicios de diverso orden al doctor Téllez Toro en su condición de licitante vencido, habiendo presentado la propuesta más conveniente: Daño emergente representado por lo que dejó de ganar si se hubiera adjudicado a él en el contrato, utilidad matemáticamente calculada en un diez por ciento del precio total de la obra, lo que arroja un total de \$17.717.409.08, daño emergente. En cuanto al lucro cesante el valor histórico \$17.717.409.09 o en

su lugar el valor asegurado en la Póliza de garantía ganará intereses desde la fecha en que debe iniciarse el contrato a la tasa del 6% anual, hasta la fecha del fallo. Intereses técnicos o puros despojados de corrección monetaria, sumas éstas que tendrán que ser aumentadas con los gastos erogados así: Por concepto de compra de pliego de condiciones según recibo número 33156 \$25.000.00; valor póliza de garantía \$62.307.079”.

LO QUE SE DEMANDA

Al pie de la letra se transcribe este capítulo de la demanda:

“Los hechos que dejo consignados junto con las disposiciones de derecho que citaré me traen a formular ante el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante los trámites del proceso especial consagrado en el Capítulo II, del Título XXVI, artículos 217 siguientes y concordantes, con citación y audiencia del señor agente del Ministerio Público, del doctor Luis Enrique Arango Jiménez en su condición de representante legal de las Empresas Públicas Municipales o de quien haga sus veces y del Consorcio Gustavo Osorio R.- Libardo Salazar, aunque no se demanda el contrato con ellos celebrado o a celebrarse, únicamente para los efectos y perjuicios que se les puedan acarrear con los resultados del presente proceso, las siguientes peticiones:

“I. Decrétese la nulidad parcial de la Resolución de Gerencia número 1425 de julio 25 de 1988, en virtud de la cual se adjudica la Licitación Pública Nacional número 009 -88-AC01 en lo que hace referencia a la obra distinguida en el pliego de condiciones con el número 5 cuyo objeto es la construcción del canal de conducción del acueducto ‘nuevo Libaré para el municipio de Pereira entre el K2 + 570 y el K3 + 470 adjudicado al Consorcio Libardo Salazar, Gustavo Osorio R., por un valor de \$213.817.005.20.

“II. Que como consecuencia de la nulidad parcial anterior y para efectos de los derechos desconocidos a mi poderdante con la expedición de la resolución cuya nulidad se solicita, se condene a las Empresas Públicas Municipales de Pereira a pagar al doctor Henry Téllez Toro dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, el monto de los perjuicios sufridos al no habersele adjudicado en la Licitación Pública Nacional número 009- 88-AC01, la obra número 5, por concepto del daño emergente constituido por las sumas que hubiere percibido de habersele favorecido con la adjudicación y consiguiente celebración del contrato por ser el mejor proponente, daño calculado en un 10% del precio ofrecido o sea la suma de \$17.717.409.08 acrecida esta suma en los gastos

SECCION TERCERA

por él realizados, compra del pliego de condiciones \$25.000.00, valor póliza de garantía \$62.307.079, intereses legales y moratorios a más de la corrección monetaria.

“III. Que se actualice el valor del daño emergente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha que ocasionó el perjuicio, 25 de julio de 1988, y la época de la sentencia, mediante la aplicación de criterios técnicos de corrección monetaria (criterios acogidos por el H. Consejo de Estado a partir del 20 de octubre de 1978 - Sección 3ª).

“IV. Subsidiariamente que se condene a las Empresas al pago de la suma de \$18.000.000.00 por concepto de daño emergente igual al monto de la póliza de garantía que sería el total de exigir y obtener por parte de la administración contratante al Contratista incumplido conforme a reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

“V. Que si las Empresas Municipales de Pereira no dan cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo pagarán a más de los intereses legales los moratorios igual al interés bancario durante todo el período de la mora”.

CONSIDERACIONES

“Al entender que no existe causal que alcance a enervar lo que hasta aquí se lleva del proceso, se entra a resolver sobre lo planteado a través de su desarrollo, advirtiendo que su conocimiento es propio de este Tribunal por la naturaleza del mismo y por su cuantía, en primera instancia. ‘Caminando por un sendero lógico, a la vez que práctico’, es lo llamado a examinar primero lo atinente a las excepciones planteadas en esta forma:

“I. Ineptitud de la demanda porque no se hizo la estimación razonada de la cuantía en la forma que la ley y la jurisprudencia lo exigen.

“Sea lo primero advertir que no es dueño de la razón el demandante cuando asevera que dicha exigencia legal sólo tiene asidero en tratándose de asuntos propios del restablecimiento del derecho de carácter laboral y de ‘reparación directa y cumplimiento’, mas no cuando se trate de los dueños de la naturaleza igual a la que nos ocupa (según lo que hasta allí entendía el actor).

“Es cierto que por voluntad de lo dispuesto en el artículo 132.8 del C. C. A., se ha radicado el conocimiento en primera instancia de los procesos

referentes a contratos, que no es el propio del que aquí se ventila como se aclarará en el numeral siguiente, cuando su cuantía sobrepase determinada cifra.

“Pero el valor de ésta no es arbitrario, no puede ser colocado caprichosamente por la parte interesada, pues se estaría permitiendo a la misma que libremente escogiera las instancias de su propio caso (única o dos). Precisamente para evitar proceder arbitrariedad como los que encierra la premisa planteada es que se tiene el imperio del artículo 137.6, convirtiéndose en un deber para el demandante, el cual tiene cabida en todos los procesos donde se tenga que establecer la competencia de acuerdo con la cuantía.

“Frente al planteamiento razonado sobre el tema, viene el análisis del juez quien es quien en últimas decide sobre el mismo para señalar legalmente el límite que permita ubicar el asunto como de única o de primera instancia.

“En segundo lugar se precisa que no es de recibo lo planteado por el impugnador en relación a la excepción, veamos:

“La demanda está conformada por un todo, a esto, antes que a sus partes, debe mirar el juez, en desarrollo de su facultad para interpretarla, dentro de la preceptiva que establece que el objeto de la ley procesal es la efectividad de la ley sustantiva. Si se lee el escrito que contiene aquella, el cual, dicho sea de paso, no raya en el mayor exponente de la organización, nos presenta satisfactoriamente la exigencia a que alude la glosa. Basta con leer el contenido del hecho número 11, folio 95.

“En esta línea ha aparecido pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, cuando ha dicho que ‘el juzgador tiene, ante todo, la obligación de interpretar la demanda contextualmente, como un todo armónico, esto es, que no le es dable detenerse tan sólo en uno de los acápites del libelo, sino que debe acudir al examen global de la demanda entendida *in totum* y, si es necesario, procurar hallar las razones de los asuntos que ella contenga en otros pasajes del libelo’ (Sección Tercera, auto del 13 de marzo de 1986, expediente número 4777. Consejero Ponente: doctor Antonio J. de Irisarri R., extractos de marzo de 1986).

“La situación presentada por el apoderado judicial de la parte demandada, analizada por el H. Consejo de Estado en el auto del 1º de julio de 1988, de la Sección Tercera, citado como dice aquél en la sentencia de esta misma, de fecha junio 19 de 1989, no halla presencia en este caso.

“Son, pues, circunstancias diferentes. En este proceso se alcanza a observar, mirando como está dicha toda la demanda, que se ha atendido a la

SECCION TERCERA

exigencia del artículo 137.6. Caso contrario, se dio en el asunto que definió el Consejo de Estado en el auto ya citado, determinando el juicio conocido. Este, si se lee la providencia, la que muestra la amplitud y profundidad en el estudio de la demanda, fue necesaria conclusión. Se lamentó aquella ocasión la H. Corporación de lo siguiente:

“...El *petitum* fue tan defectuosamente formulado que no permitiría una sentencia favorable.

“Ha dicho la doctrina y la jurisprudencia que el *petitum* debe ser claro y que cuando se pide una indemnización pecuniaria ésta deberá prefijarse para que, en caso de que no se pruebe su cuantía, pueda ordenarse su liquidación incidental (art. 308 del C. de P. C. en armonía con el 172 del C. C. A.). Sobra recordar que la condena en abstracto sólo procede cuando dentro del proceso no pueda concretarse la cuantía, aunque sí el perjuicio.

“Pero no es admisible lo que quiere la demandante, la que de antemano no piensa hacer esfuerzo para concretar el daño sino que pretende dejarlo para el incidente posterior.

“Este procedimiento atenta contra el principio de la congruencia, ya que la sentencia tendrá que estar en armonía con la demanda y aquella con la decisión del incidente regular...”.

“No prospera, entonces el cargo formulado.

II. INHIBICION POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA DEBIDA A UTILIZACION DE VIA PROCESAL EQUIVOCADA

“Desde ya se advierte que la formulación no es de recibo. Basta con observar la corrección de la demanda vista a folio 119, a la cual asistió quien presenta la observación, según la evidencia presentada a folio 141. Allí existe escrito suyo refiriéndose a ella, y, a la vez, corrigiendo su propia contestación. En esa segunda oportunidad el procurador judicial del demandante advirtió que ‘el procedimiento a seguir era el ordinario de que trata el Título XXIV y no el especial de que se da cuenta en el Título XXVI, Capítulo II...’.

“Estado allanado el camino, dejados de lado las barreras denunciadas, es procedente ahora, entrar al análisis sobre el fondo de lo planteado a través del discurrir del proceso, de esta manera:

“I. En el plenario hay evidencia de lo siguiente:

“1º. Las Empresas Públicas de Pereira, mediante Resolución 587 del 14 de marzo de 1988 ordenaron la apertura de la Licitación Pública Nacional número 009-88-AC01, cuyo objeto se señaló como la construcción de las obras civiles para el nuevo acueducto de Pereira, folio 42 cuaderno 1 B.

“2º. Mediante la Resolución 797 del 19 de abril de 1988 se prorrogó la fecha para el cierre de la licitación, hasta el 5 de mayo de 1988, folio 43, cuaderno 1B.

“3º. A través de la Resolución 1425 de julio 25 de 1988, la Gerencia de las Empresas Públicas de Pereira adjudicaron las obras objeto de la licitación, folios 2 y siguientes En dicho acto se dice: folio 4, ante la evaluación jurídica, ‘por no cumplir con todos los requisitos exigidos en el pliego’, fue eliminada la propuesta presentada por el actor; frente a las propuestas elegibles actuó el Comité Evaluador y presentó el siguiente orden de elegibilidad, de acuerdo con el menor valor ofrecido:

“1. Gustavo H. Giraldo - Germán Torres.

“2. Consorcio Gustavo Osorio - Libardo Salazar.

“3. Pinski y Asociados S.A.

“Que el mismo Comité, advirtió que si se le adjudicaba la obra número 3 al Consorcio Gustavo H. Giraldo D. - Germán Torres quedaba copada toda su capacidad de contratación, determinándose variación en el orden de elegibilidad así:

“El segundo pasaría a ser primero y el tercero segundo.

“Además, folio 5, que la Junta Directiva de la Empresa, en calidad de Comité Técnico Permanente, en reunión del 27 de junio emitió concepto favorable sobre la propuesta de adjudicación presentada por la administración; a folio 6 aparece la adjudicación de la obra número 3 al Consorcio Gustavo Hernán Giraldo D. - Germán Torres y la número 5 al Consorcio Gustavo Osorio - Libardo Salazar.

“4. Mediante oficio número 002369 del 28 de julio de 1988 la demandada, a través de la Secretaría General, le comunicó al demandante la decisión contenida en la Resolución 1425 de julio 25, folios 10 y 11 cuaderno principal.

“5. El 18 de julio de 1988, el Gerente de las Empresas Públicas de Pereira, respondiendo a solicitud de julio 5 del mismo año, le señala al Ingeniero Henry Téllez que su propuesta fue eliminada porque no anexó el Programa Personal, que era requisito exigido en el punto 2.13.10 del pliego de condiciones, folio 15.

SECCION TERCERA

“6. La Gerencia de las Empresas Públicas de Pereira, conformó mediante la Resolución 974 del 11 de mayo de 1988 una comisión para hacer estudio técnico jurídico evaluativo de las propuestas presentadas, folios 4 y 5 del cuaderno 1-C, conformada por: El Subgerente Técnico, el Sustanciador de la Oficina Jurídica, el Coordinador del Proyecto, el Ingeniero Interventor y el Jefe de Monitoreo Zona I.

“7. La Procuraduría Regional de Pereira revisó los documentos allegados con motivo de la Licitación 009-88-AC01 y 010-88-AC02, que comprendieron las diferentes propuestas, y respecto de las de obras número 5, que es la que interesa para el proceso, afirmó: En relación con la del demandante, folios 10 y 11 del cuaderno 1-C, se constató que efectivamente faltaba el documento ‘programa personal punto 2.13.10’; también, que las propuestas halladas elegibles; Consorcio Gustavo Osorio - Libardo Salazar, Consorcio Gustavo H. Giraldo - Germán Torres S. y Pinski y Asociados S.A., adjuntaron todos los documentos exigidos. Conceptuó, folio 16 del mismo cuaderno, que el documento programa de personal era ‘requisito de importancia para conocer el personal que debía laborar en cada etapa de la obra para exigir el cumplimiento del contratista’.

“8. El 23 de mayo de 1988 la Oficina Jurídica de las Empresas Públicas de Pereira, en documento dirigido al Subgerente Técnico de la misma, suscrito por el Sustanciador de aquella y por el Asesor, señala, folio 9, cuaderno que contiene la evaluación de propuestas, número 3, que el Ingeniero Henry Téllez no anexó a su propuesta el programa de actividades del personal, punto 2.13.0 del pliego.

“9. La Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira en la reunión celebrada el 20 de junio de 1988, acta número 005, folios 50 y siguientes cuaderno número 5, consideró lo relacionado con las Licitaciones Públicas 009-88-AC01 y 010-88-AC02. Aprobó, folios 105 y 106 del mismo cuaderno, aplazar la consideración referente a las obras 3 y 5, por el término de 8 días, mientras se elevan las consultas jurídicas necesarias.

“10. Fruto de la anterior decisión, la Oficina Jurídica de las Empresas Públicas emitió concepto, el cual fue leído en la reunión de Junta Directiva del 27 de junio de 1988, folios 16 y siguientes del cuaderno 5. A folio 19 de este mismo, quedó registrado que se había contratado estudio del asunto con un ex magistrado del Tribunal Administrativo de Risaralda. A folios 23 y siguientes quedó transcrito el concepto.

“11. En la misma reunión de Junta Directiva de junio 27 de 1988, folios 29 y 30 cuaderno número 5, se consideró y aprobó la recomendación de la

adjudicación de la obra número 5 por 6 votos a favor, 1 en contra y 1 en blanco. Allí puede observarse como vota cada uno de los miembros de la Junta Directiva, si a favor, en contra o en blanco.

“II. Parte el demandante de una afirmación: Su propuesta fue eliminada por el Asesor Jurídico de la institución demandada, ‘mediante anómalo procedimiento’. Por ello la Junta Directiva, ‘organismo con competencia para ello y no otro individuo’, conforme a la regla 2-19, página 21, volumen 1 del pliego de condiciones, no pudo evaluarla ni conocerla para su recomendación (fls. 93 y 94).

“Dice que el proceder del funcionario estuvo engastado en subjetivismo, y que usurpó funciones, pues fue él quien le presentó al Gerente, y no la Junta, las recomendaciones de adjudicación. Es el Gerente, señala el escrito que consigna la demandada, el competente para eliminar proponentes y adjudicar, previa recomendación de la Junta, dentro del límite impuesto por el pliego de cargos y la ley, (fl. 99).

“Con la conducta glosada, expresó el actor, se violó el artículo 27 del Decreto-ley 222 de 1983. Esta norma fue reproducida en el artículo 24 del Decreto 337 del veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), que corresponde al Código de Contratación Administrativa del municipio. Se agrega que al producirse tal transgresión, de contera se violó el artículo 181 ordinales f) y g) del Decreto 357 de noviembre 6 de 1981, que corresponde al Código Fiscal del municipio, y el 41 del citado Decreto 337 de 1987.

“Observamos el contenido de las normas.

“Decreto-ley 222 de 1983, artículo 27.

“De la definición de la licitación.

“La licitación es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades, la que proponga mejores condiciones para contratar”.

“Decreto Municipal 337 de 1987, Estatuto Contractual del Municipio de Pereira.

“Artículo 24.

“El texto coincide con el de la norma anterior.

“Artículo 41.

SECCION TERCERA

DE LOS CRITERIOS PARA LA ADJUDICACION

“La adjudicación deberá hacerse, previo los estudios del caso y efectuando el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estima más favorable y esté ajustada al Pliego de Condiciones o términos de referencia, según el caso.

“En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios de adjudicación: El precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes. Además si el licitante tiene domicilio e instalaciones en Pereira, se ponderarán los costos de materiales, transportes, el empleo de mano de obra, o tecnología o suministros locales, etc.

“En las licitaciones internacionales se tendrá en cuenta además la situación de la balanza comercial con el respectivo país, con el objeto de buscar la reciprocidad comercial correspondiente. Se tendrá en cuenta así mismo, la protección al trabajo y la industria nacional y la distribución equitativa de los contratos suscritos que se estén tramitando o ejecutando en la entidad licitante.

“La entidad contratante podrá hacer adjudicación parcial si de ello se derivan beneficios para la administración.

“La igualdad de condiciones, deberá preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios y el empleo de recursos locales”.

“Decreto Municipal 357 de 1981, Código Fiscal del Municipio de Pereira.

“Artículo 181.

“...

“f) Cumplido lo anterior, al día siguiente hábil si fuere posible se estudiarán las propuestas por un Comité Evaluador de Licitaciones integrado por el Jefe de la Unidad interesada o el Gerente del Instituto respectivo, el Secretario de Hacienda o quien haga sus veces en cada Instituto, el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio o su equivalente en los Institutos de Orden Municipal o en su defecto el Secretario General y el Contralor Municipal. Oído el concepto del

Comité Evaluador de Licitaciones el Consejo de Gobierno o las Juntas Directivas de los Institutos Descentralizados en su caso, procederán inmediatamente a adjudicar al licitante cuya oferta se considere más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones, teniendo en cuenta entre otros los siguientes factores: El precio, el plazo, la calidad, la seriedad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes. En igualdad de condiciones debe preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio, en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios. Tanto el Comité Evaluador como el Consejo de Gobierno o Junta Directiva podrán asesorarse en su labor de los peritos que consideren del caso.

“g) La adjudicación se hará mediante resolución, se notificará personalmente al favorecido y se comunicará a los no favorecidos. Verificada la adjudicación los interesados en la licitación disponen en un término de tres (3) días hábiles improrrogables para reclamar; vencido este término la Resolución se considera ejecutoriada y contra ella no cabrá ningún recurso por la vía gubernativa y obliga, por lo tanto, a la Entidad respectiva y al adjudicatario...”.

“Frente a ellas hagamos la evaluación correspondiente; “¿Hubo en este caso un proceso que permitió ir estructurando los pasos para finalmente lograr el acto administrativo cuestionado?”

“La respuesta es afirmativa. Hubo una previa invitación, que fue pública, para que los interesados se presentaran con sus ofertas. Mediante las etapas a que se hará referencia se hizo la selección, confrontando lo que cada uno de estos presentó, con los requerimientos de la convocatoria, con el pliego de condiciones. En esta fase fue eliminada la propuesta del actor, porque le faltaba un requisito, el programa de personal solicitado, que consideró indispensable la institución contratante. Una vez que aparecieron escogidas las propuestas que reunieron formalmente hablando las exigencias, son analizadas y en un documento que enlista los diferentes ítems en él contenidos son presentadas las conclusiones, cuaderno número 3, evaluación de propuestas; el mismo es llevado a consideración de la Junta Directiva, la que en reuniones celebradas los días 20 y 27 de junio de 1988, hace el estudio de su parte y termina aprobando la recomendación de la adjudicación para que el Gerente expida la resolución respectiva. Todos esos pasos se surten, en su orden, a instancias de:

“1. La comisión conformada a través de la Resolución 974 de mayo 11 de 1988.

SECCION TERCERA

“2. La Junta Directiva de las Empresas Públicas, y

“3. La Gerencia de las mismas.

“Sobre el contenido del acto administrativo vertido en la citada Resolución 974 nada ha dicho el demandante, no se ha puesto en entredicho su validez. Sus argumentos enfocan el *proceder único* del Asesor Jurídico de las Empresas Públicas, calificado de usurpador de funciones.

“La labor efectuada por éste, típica función pública, obedeció a una competencia derivada legalmente de esa resolución, la cual fue expedida con base en las facultades que están señaladas en el artículo 8º del Acuerdo número 2 de julio 18 de 1978, que corresponde al Estatuto Orgánico de las Empresas Públicas.

“En dicha norma se permite la conformación de unidades transitorias, que pueden ser integradas por el Gerente, para el estudio y decisión de asuntos especiales.

“El concepto del Asesor Jurídico no operó solo; el mismo fue presentado a consideración de la comisión, a través del Subgerente Técnico de las Empresas Públicas de Pereira, Coordinador de la misma, folio 38, cuaderno 1 C. Esta lo escogió y procedió a señalar, folio 5 del cuaderno de evaluación de propuestas el número tres, que ‘la lista de los proponentes para cada una de las dos licitaciones y para cada una de las obras que las componen, así como los proponentes elegibles después de la evaluación jurídica se presenta en los cuadros número 1, 2, 3, 4 y 5’. En armonía con lo anterior es que a folio 14 el anunciado cuadro 4 señala al demandante Henry Téllez como no elegible.

“El mismo coordinador, folio 38 del referido cuaderno 1 C, declaró que la ‘comisión revisó todas las propuestas presentadas, su documentación y sus propuestas técnicas, estableciéndose un estudio que fue presentado a la Gerencia’.

“No prospera pues el cargo formulado por violación de las normas referidas en este punto.

“III. A folio 102, se ha señalado que estos preceptos del D. L. 222 de 1983: 25, 51 y 52 y el numeral 38 (sic) del Código de Contratación Administrativa Municipal presentan fácil deducción, en cuanto que el documento ‘programa personal no es requisito sustancial ni para el pliego de condiciones ni para el perfeccionamiento del contrato’.

“Ello quedó así planteado, pero las razones no se expresan; entonces, aparece yerma de razonamientos jurídicos en este sentido la demanda, lo que

Comité Evaluador de Licitaciones el Consejo de Gobierno o las Juntas Directivas de los Institutos Descentralizados en su caso, procederán inmediatamente a adjudicar al licitante cuya oferta se considere más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones, teniendo en cuenta entre otros los siguientes factores: El precio, el plazo, la calidad, la seriedad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes. En igualdad de condiciones debe preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio, en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios. Tanto el Comité Evaluador como el Consejo de Gobierno o Junta Directiva podrán asesorarse en su labor de los peritos que consideren del caso.

“g) La adjudicación se hará mediante resolución, se notificará personalmente al favorecido y se comunicará a los no favorecidos. Verificada la adjudicación los interesados en la licitación disponen en un término de tres (3) días hábiles improrrogables para reclamar; vencido este término la Resolución se considera ejecutoriada y contra ella no cabrá ningún recurso por la vía gubernativa y obliga, por lo tanto, a la Entidad respectiva y al adjudicatario...”.

“Frente a ellas hagamos la evaluación correspondiente; “¿Hubo en este caso un proceso que permitió ir estructurando los pasos para finalmente lograr el acto administrativo cuestionado?

“La respuesta es afirmativa. Hubo una previa invitación, que fue pública, para que los interesados se presentaran con sus ofertas. Mediante las etapas a que se hará referencia se hizo la selección, confrontando lo que cada uno de estos presentó, con los requerimientos de la convocatoria, con el pliego de condiciones. En esta fase fue eliminada la propuesta del actor, porque le faltaba un requisito, el programa de personal solicitado, que consideró indispensable la institución contratante. Una vez que aparecieron escogidas las propuestas que reunieron formalmente hablando las exigencias, son analizadas y en un documento que enlista los diferentes ítems en él contenidos son presentadas las conclusiones, cuaderno número 3, evaluación de propuestas; el mismo es llevado a consideración de la Junta Directiva, la que en reuniones celebradas los días 20 y 27 de junio de 1988, hace el estudio de su parte y termina aprobando la recomendación de la adjudicación para que el Gerente expida la resolución respectiva. Todos esos pasos se surten, en su orden, a instancias de:

“1. La comisión conformada a través de la Resolución 974 de mayo 11 de 1988.

SECCION TERCERA

“2. La Junta Directiva de las Empresas Públicas, y

“3. La Gerencia de las mismas.

“Sobre el contenido del acto administrativo vertido en la citada Resolución 974 nada ha dicho el demandante, no se ha puesto en entredicho su validez. Sus argumentos enfocan el *proceder único* del Asesor Jurídico de las Empresas Públicas, calificado de usurpador de funciones.

“La labor efectuada por éste, típica función pública, obedeció a una competencia derivada legalmente de esa resolución, la cual fue expedida con base en las facultades que están señaladas en el artículo 8º del Acuerdo número 2 de julio 18 de 1978, que corresponde al Estatuto Orgánico de las Empresas Públicas.

“En dicha norma se permite la conformación de unidades transitorias, que pueden ser integradas por el Gerente, para el estudio y decisión de asuntos especiales.

“El concepto del Asesor Jurídico no operó solo; el mismo fue presentado a consideración de la comisión, a través del Subgerente Técnico de las Empresas Públicas de Pereira, Coordinador de la misma, folio 38, cuaderno 1C. Esta lo escogió y procedió a señalar, folio 5 del cuaderno de evaluación de propuestas el número tres, que ‘la lista de los proponentes para cada una de las dos licitaciones y para cada una de las obras que las componen, así como los proponentes elegibles después de la evaluación jurídica se presenta en los cuadros número 1, 2, 3, 4 y 5’. En armonía con lo anterior es que a folio 14 el anunciado cuadro 4 señala al demandante Henry Téllez como no elegible.

“El mismo coordinador, folio 38 del referido cuaderno 1C, declaró que la ‘comisión revisó todas las propuestas presentadas, su documentación y sus propuestas técnicas, estableciéndose un estudio que fue presentado a la Gerencia’.

“No prospera pues el cargo formulado por violación de las normas referidas en este punto.

“III. A folio 102, se ha señalado que estos preceptos del D. L. 222 de 1983: 25, 51 y 52 y el numeral 38 (sic) del Código de Contratación Administrativa Municipal presentan fácil deducción, en cuanto que el documento ‘programa personal no es requisito sustancial ni para el pliego de condiciones ni para el perfeccionamiento del contrato’.

“Ello quedó así planteado, pero las razones no se expresan; entonces, aparece yerma de razonamientos jurídicos en este sentido la demanda, lo que

no permite a la Sala entrar al análisis sobre si se violaron o no las normas, pues es de la esencia de la justicia administrativa el ser rogada.

“No obstante, es preciso observar lo siguiente:

“Programa, al decir de la Real Academia, 19 edición de 1982 es una declaración previa de lo que se piensa hacer en alguna materia u ocasión.

“Programa, entonces conjugando en la acción el sujeto en singular o en plural, requiere de un ofrecimiento previo que muestre una acción en el tiempo. Una simple lista de personas, el organigrama de una institución con los nombres de quienes ocupan los cargos de la misma o la expresión que la ‘obra la he programado para realizarla con el siguiente personal y consignando a continuación los nombres, no es un programa’. Esto no es, entonces, precisamente lo que encierran, con respecto al personal, los documentos que se anexaron con la demanda, vistos a folios 18, 19 y 20.

“Conservando lo que al entender de la Sala corresponde a un programa de personal, ésta considera que el mismo sí se requería. Era menester confrontarlo con el programa de actividades de las obras, pues el mismo apoyaba o no a este. Los dos, confrontándolos, permitían concluir si se ofrecía o no la mano de obra suficiente en cantidad y calidad para lograr las metas pretendidas. Además, allí tenía la oportunidad la organización contratante para poder, sobre un ofrecimiento hecho, realizar la interventoría requerida para obtener un fiel cumplimiento de lo pactado de llegarse a convención.

“El anterior punto de vista converge con las expresiones vertidas a folios 31 y siguientes del cuaderno 1C, por el Asesor Jurídico de las Empresas Públicas de Pereira, testimonio que al igual que los que se mencionarán adelante merecen la plena credibilidad del despacho, pues no han sido glosados por la parte demandante, ni se observa razón alguna que lleven a sentir diferente. En el mismo dice el testigo que ‘la oficina jurídica debidamente ilustrada por la parte técnica, es decir, por los ingenieros Carlos Julio Ramírez y el Coordinador del Proyecto Mixto Nuevo Libaré, Ingeniero Eduardo Rojas, previa inquietud que tenían los mismos ingenieros acerca de que varios proponentes no habían allegado el llamado programa de personal, la Jurídica, más concretamente el abogado Gerardo Betancourth González y el suscrito, requirieron a los dos ingenieros citados anteriormente para que explicaran la importancia de dicho documento, determinaron que era esencial para la adjudicación del contrato por cuanto el Programa de Personal lo estaban exigiendo en el pliego, porque implicaba la utilización en el tiempo del personal tanto técnico como operativo, en la ejecución de las obras en sus diferentes

SECCION TERCERA

etapas y lo cual debía estar acorde con el Programa de Actividades de las obras en la propuesta que presentaban los diferentes oferentes. Por lo tanto los proponentes obligatoriamente debían adjuntar dicho documento, es decir, el Programa de Personal, al igual que el Programa de Actividades de la Obra...’.

“El documento en mención, exigido en el punto 2.13.10 del pliego no fue aportado por el actor. Esto se detectó por el abogado de las Empresas Públicas, Gerardo Betancourth González, integrante de la Comisión de Estudio de las propuestas, en una primera oportunidad. En una segunda revisión, nacida de determinación de la Junta Directiva, el profesional del derecho antes mencionado, Luis Manuel García de La Rosa, detecta nuevamente la omisión; lo mismo que la carencia de: ‘Carta remisora que se exigirá en el punto 2.13.2 del pliego y las hojas de vida del personal profesional y técnico 2.13.13 del pliego, tal como se le informó posteriormente al Ingeniero Henry Téllez, mediante oficio número 002404 de fecha agosto 1º de 1988’, folio 32.

“Son contestes con lo anteriormente dicho los Ingenieros Albeiro Gallego Agudelo, Coordinador de la Comisión que hizo la primera evaluación de las propuestas, y Gustavo Rojas González, Coordinador del Proyecto que fue objeto de la licitación que nos ocupa, cuando dicen: el primero, folios 38 y 39 del cuaderno antes citado ‘si, este requisito’. -Se refiere al programa de personal- ‘era exigido puesto que se considera totalmente indispensable para mirar la utilización en el tiempo de los distintos funcionarios o empleados que intervendrían en la ejecución de la obra’; folio 40, ‘un programa de personal... debe ser presentado con los distintos cargos que se van a utilizar mostrados en el tiempo, es decir si voy a utilizar, o si se va a utilizar un ingeniero 1A casi científico, que va a tener una remuneración que pesará bastante en el programa, se deberá decir y mostrar claramente cuánto tiempo se utilizará en el proyecto y durante qué meses. Así mismo, todos los demás cargos que intervendrán en el mismo. La Empresa podrá, entonces en el transcurso de la obra, solicitar al contratista que aumente en determinado sector del cronograma o programa determinado número de personas para así agilizar determinado trabajo, o también podrá exigir que el tiempo de disponibilidad que se presenta para determinados cargos es demasiado y solicitará su modificación. Esto es fundamental porque en estos cargos normalmente es donde más incide económicamente la parte de personal, por estas razones se considera totalmente indispensable el que se anexara el Programa de Personal...’. El segundo testigo, frente a esta pregunta, folio 45, ‘...en los pliegos de condiciones de las

licitaciones a las cuales nos hemos venido refiriendo, y los cuales fueron elaborados según lo ha dicho bajo su dirección o coordinación como Director del Proyecto, entre los documentos que debían contener las propuestas, en el numeral 2.13.10 se señalaban *Programa de Actividades*, *Programa de Equipos* y *Programa de Personal*. Puede usted explicar ¿en qué consisten estos tres documentos exigidos, explicándole al Tribunal la importancia de cada uno de ellos para el desarrollo de las obras a adjudicar? Contestó: El primero, el de Actividades, consiste en señalar en el tiempo cuándo comienza una actividad, qué tiempo dura y cuándo termina, indicando también qué actividades le debe preceder y qué actividades le deben seguir, esto con el fin de saber claramente y en todo momento si es necesario exigir al Contratista la terminación de unas actividades, para poderle permitir la iniciación de unas nuevas. De esto se deriva la necesidad de establecer los recursos que debe tener el constructor en todo momento para dar cumplimiento al Programa de Actividades. Estos recursos requieren ser programados en el tiempo mediante la presentación de los Programas de Equipo y de Personal. Entonces al Programa de Equipo se describe como la relación en el tiempo, de qué tipo y cantidad de equipo debe tener el contratista en condiciones de óptimo funcionamiento en el sector de las obras, para dar cumplimiento al Programa de Actividades. Así mismo, el Programa de Personal debe describir también en el tiempo la cantidad y tipo de especialización de las personas que se dedicarán a dar cumplimiento al Programa de Actividades...'; a folio 46 refiere: 'un Programa de Personal debe presentarse en un cuadro en donde en la primera columna describirá la calidad del personal, esto es, si es ayudante, maestro, oficial u operador de equipo y las subsiguientes columnas contendrán la cantidad del personal descrito en la primera columna, distribuido en el tiempo propuesto para la duración de las obras'.

“Como el pliego de condiciones, considerado norma obligatoria para la entidad que llama a licitar y para quienes atienden al llamado, exigían la presentación del aquí analizado documento, numeral 2.13.10 del pliego; y como éste, numeral 2.19 literal C.1, establecía que la eliminación de las propuestas procedía cuando ellas dejaran de ‘incluir alguno de los documentos que de acuerdo con el pliego de condiciones se requería adjuntar a la propuesta (2.13), ante la omisión del demandante, se produjo la realización de esta norma, se dio el supuesto enunciado en ella para que la consecuencia, su eliminación tuviera cabida’.

“IV. Frente a la interpretación presentada, folio 105, en torno a las normas que están contenidas en el los (sic) artículos 35, 36 y 37 del Código

SECCION TERCERA

de Contratación Administrativa de Pereira, que en esencia se resume en esta expresión: ‘...el saneamiento corre a cargo del proponente pero la observación del vicio y su comunicación será de cuenta de la administración luego de abrir las propuestas para verificar el control de legalidad (art. 36 *ibidem*)’, se responde:

“El texto del artículo 37 es éste:

“Saneamiento

“Dentro del plazo previsto en el artículo anterior, cualquier proponente podrá adjuntar documentos que hubiere omitido o saneado cualquier vicio que se hubiera observado, con excepción de aquellos (sic) que la ley considera *ab sustanciam actus*. En uso de esta facultad no podrá modificarse, adicionarse o corregirse la propuesta inicial’.

“Obsérvese que la disposición no se repite, presencia dos hechos jurídicos, supuestos, diferentes:

“Uno: Adjuntar documentos que hubiere omitido el licitante;

“Otro: Sanear cualquier vicio observado, si ello es procedente. Esto significa la expresión: ‘...con excepción de aquellos que la ley considera *ab sustancian actus*’.

“El primero, que se refiere simplemente a adjuntar documentos, cualesquiera que sean, no tiene límites, es facultad del proponente. En cambio el segundo, que sí tiene límites, que no se refiere al aporte simple de documentos, es una facultad que puede ejercer el administrador. Esta, así debe entenderse, debe guardar estricta relación con el procedimiento, si tomamos como fanal que permita claridad, la norma contenida en el artículo 41 del D. L. 222 de 1983, que dice:

“Del saneamiento *del procedimiento*

“Si durante *el proceso* de licitación, de concurso de méritos o de celebración del contrato, según el caso, el jefe de la entidad respectiva encontrare que se *ha pretermitido alguno de los requisitos* exigidos, deberá ordenar su cumplimiento o corrección en todos los casos en que no se hallare frente a una causal de nulidad absoluta...” (destacado nuestro).

“Estos requisitos no son otros que, por ejemplo, los contenidos en el C. de Contratación Administrativa del Municipio en los artículos 22, ‘de los requisitos y contenido del contrato’; 26, ‘Actos previos a la licitación pública’; 27, ‘Informe técnico para elaboración de pliegos’, 31, ‘Aviso de licitación’, etcétera.

“La omisión del demandante, consistente en no aportar un documento, era subsanable mediante la conducta a que hace referencia el primer supuesto, mas no el segundo. Como no lo hizo, razón tuvo la administración al eliminar su propuesta.

“V. En lo que respecta a las presuntas violaciones de las normas constitucionales señaladas con los números 16, 17 y 20, cuyos argumentos fueron presentados a folios 106 y siguientes, se expresa que ello no tiene asidero, si se tiene en cuenta que lo dicho en los numerales anteriores está indicando que el proceder de la administración, en este caso, estuvo ajustado a derecho.

“Se agrega que el Honorable Consejo de Estado, sentencia de febrero 12 de 1987, Sección Segunda, expediente 1147 y 6602, actor José A. Pedraza Picón, ha dicho que:

“El precepto, que establece que ‘el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado’ (art. 17 C. N.) no puede ser *violado* sino mediante la transgresión de una norma legal que lo desarrolle, es decir, que instituya derechos y garantías en favor de todos los trabajadores o de determinada clase de ellos, como es el caso, por ejemplo, de las disposiciones laborales que los consagran en beneficio de quienes prestan sus servicios en forma subordinada o dependiente. En un enunciado general el mencionado canon constitucional no consagra derechos y garantías de carácter concreto, sino que expresa un principio normativo que debe guiar al legislador, encargado de dictar las leyes relacionadas con el trabajo, y a las autoridades obligadas a aplicarlas...” (fls. 245-295, cdno. No. 1).

II. SUSTENTACION EL RECURSO

A folios 299 y siguientes del cuaderno 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

“En diferentes segmentos del proveído apelado, páginas 37, 42, 44, el honorable Tribunal minimiza el disenso del actor contrayéndolo prácticamente a la actuación del asesor jurídico de la demandada y la ausencia del documento exigido en el ítem 2.13.10 del pliego de condiciones, para concluir impartiendo su bendición, con desprecio de las abundantes razones surgidas del haber probatorio arrimado a los autos.

“Sobre el contenido del acto administrativo vertido en la citada Resolución 974 nada ha dicho el demandante, no se ha puesto en entredicho su

SECCION TERCERA

validez, sus argumentos enfocan al proceder único del asesor jurídico de las Empresas Públicas, calificado de usurpador de funciones”.

“En relación a lo que constituye cuestión esencial a resolver como fundamento de la pretensión, éste es, si anexó o no el ‘programa personal’ si éste se constituye en factor determinante a la adjudicación de la licitación, si en caso de no haberse aportado, su contenido lo hallamos ampliamente satisfecho en otros ítems o documentos de la propuesta. El sentenciador resigna la solución de este medular asunto al querer de la empresa contratante y a la irrefutable verdad que concede al testimonio de los ingenieros y abogados: Carlos Julio Ramírez, Eduardo Rojas, Gerardo Betancourt y Luis Manuel García, quienes en una u otra forma contribuyen al desbordamiento del acto, amén de su condición de burócratas al servicio de la demandada y por ende interesados no solo en la defensa de su error, sino fundamentalmente halagar al príncipe o superior jerárquico.

“En esta fase fue eliminada la propuesta del actor, porque le faltaba un requisito, el programa de personal solicitado que consideró indispensable la institución contratante”. Pág. 41 del fallo.

“El querer o consideración de la empresa contratante en la escongenia, no puede ser arbitraria, bien lo sabemos, ya que no existen actos absolutamente discrecionales, y aquí, estamos frente a un acto eminentemente reglado con estricta sumisión al Decreto 222 de 1983, Decreto 337 de 1987 ‘Estatuto Contractual del Municipio de Pereira en su art. 41 y el Decreto 357 de 1981, art. 181, Código Fiscal de Pereira’ y finalmente al Pliego de Condiciones 009-88- AC01, por lo que tenía que adecuarse a los fines de las normas que lo autoriza, guardando la debida proporcionalidad a los hechos que lo causan (art. 6º, Decreto 01 de 1984).

“Tampoco se puede tomar como únicos depositarios de la verdad buscada, el testimonio de los citados subalternos con inexplicable desprecio del abundantismo haber probatorio aportado por el actor, entre otros el aporte que hacen a los autos, personas curtidas no solo en el oficio, sino también como ciudadanos sin tacha, ing. Samuel Eduardo Salazar y Carlos A. Crosthwhite Ferro (fls. 17 a 28, cdno. de pruebas 1B.)

“Y retomando el sendero, el acto contenido en la Resolución 974 en virtud de la cual y con fundamento en el Acuerdo número 2 del 18 de julio de 1978, art. 8, ‘Estatuto de las Empresas Públicas de Pereira’ por la cual el Gerente de las Empresas conforma una junta para la evaluación de la propuesta; conocido es que su invalidez se torna en oficiosa por cuanto su

fundamento jurídico desborda el principio de legalidad pues, la envaluación (sic) tiene que ser hecha por el 'Comité Técnico Permanente' conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 337 de 1987 en concordancia con el 34 del Decreto 222 de 1983; con lo que el legislador sanamente ha pretendido en un momento determinado evitar la conformación de juntas amañadas que avalen la arbitrariedad del jefe.

"Es importante aclarar que el dissentimiento (sic) del actor, no está dirigido exclusivamente contra el roal (sic) que le correspondió al señor García en su condición de asesor jurídico, lo que mereció capítulo aparte en su defensa por parte del juzgador, su actuar constituye apenas una secuencia en el proceso eliminatorio, contra cuya conclusión necesariamente estamos dirigiendo el ataque.

"Se reitera, pues, que las pretensiones consignadas en el petitorio para impetrar la protección jurídica a los derechos subjetivos lesionados por la Resolución número 1425 de julio 25 de 1988 por la cual se adjudica al Consorcio Gustavo Osorio-Libardo Salazar la licitación en lo referente a la obra número 5 y para la cual formuló propuesta el ingeniero Téllez T., nulidad parcial de la misma, restablecimiento del derecho y forma como se desea esa restitución o restablecimiento, constituye el objetivo primordial de nuestra inconformidad, que no el simple cuestionamiento del abogado García.

La propuesta del ingeniero Téllez Toro, no podía ser eliminada por ser la más favorable a los administrados pereiranos y a las empresas.

"Su favorabilidad emerge necesariamente de la comparación resultante con la propuesta del consorcio Osorio-Salazar favorecida.

"En alegación de conclusión como otras probanzas, no estimada por *a quo* obrante en autos (fls. 228 a 238, cdno. Principal), presentamos cuadro comparativo, en donde mirando en conjunto y discriminadamente los conocidos criterios para adjudicar: precio, plazo, capacidad técnica, experiencia, calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, organización, equipos, instalaciones (art. 33 Decreto 222 de 1983, art. 41 Decreto 337 de 1987, artículo 181 Decreto 357 de 1981), resultan con excesivo favor la propuesta desestimada al adjudicar la licitación y ahora al resolver el caso.

"Lo anterior halla como texto de referencia el volumen donde se encuentra consignada la propuesta del Ing. Téllez Toro.

"Es la mejor porque así se deduce de los debates consignados en las Actas de la H. Junta Directiva de las Empresas Públicas el 20 de junio de 1988

SECCION TERCERA

por los doctores: Luis Guillermo Vélez (fl. 22), Javier Ignacio Ramírez (fls. 24, 38) Alvaro Eduardo Salazar (fls. 25, 34), Julián Bedoya R., quienes proclaman que por detalles mínimos no se puede eliminar una propuesta que como la del Ing. Téllez Toro resulta ser la mejor.

“Pero si en el precio resulta su propuesta más favorable en mucho más de \$36.000.000.00, en relación con sus equipos, veamos como se expresan los doctores: Saúl Villabona García y Edgar Castaño Mejía a los fls. 158 B al 160 del Cuaderno de Pruebas de la demandante al rendir su dictamen pericial:

“Llamó la atención de los peritos aunque no es materia de ‘dictamen que los constructores actuales del canal de conducción del Nuevo Libaré utilizan en un 95% o más la maquinaria del doctor Téllez. En la forma que se discrimina a continuación’.

“Invocamos la protección jurídica de parte de la función jurisdiccional especial, por nuestra consideración de estar ajustada al pliego de condiciones y erigirse en las más favorables por todos sus aspectos, consideración avalada por la Agencia Fiscal en su contradictorio concepto, sin merecimiento alguno por parte del juzgador de instancia, se dice allí:

“Desde luego, que la adjudicación que hizo la Gerencia de las Empresas Públicas de Pereira, de la Licitación Pública Nacional número 009-88-AC01, en lo que hace referencia a la obra número 05 al Consorcio Libardo Salazar-Gustavo Osorio, por un valor de \$213.817.005.20, no resultó ser el procedimiento más ajustado a las normas legales que rigen este sistema de contratación, si se tiene en cuenta que la propuesta que presentó el doctor Téllez para la misma obra, resultaba para la empresa contratante mucho más favorable, desde todo punto de vista, pues acreditaba, una buena experiencia respecto a la calidad de la obra a ejecutarse, un plazo normal de ejecución, capacidad de contratación disponible, numeroso y completo equipo de trabajo, con talleres de exclusiva propiedad, buen nombre profesional, social y comercial, idoneidad y experiencia de sus colaboradores. Requisitos éstos que frente a la firma favorecida, le merecían una calificación de excelente y por tanto con mayor opción para ser elegida”.

Siendo la propuesta del doctor Téllez Toro, la más favorable no podía lícitamente eliminarse, con el argumento de que no se acompañó el documento a que hace referencia, el ítem 2.13.10 ‘programa personal’.

“2.13 Documentos de la propuesta”

“El pliego de condiciones que en este acápite inicia con el número 2.13 hasta el 2.13.28 exige todos los argumentos necesarios a la formulación de la propuesta.

“En el numeral 2.13.10 (p. 16 pliego de condiciones) textualmente se consigna: Programa de actividades, programa de equipos y *programa personal*” (el resalto es mío).

“Todos los documentos fueron debidamente diligenciados y anexados a la propuesta del ingeniero Téllez T. (ver volumen contentivo de ellos).

“Consultado el Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Edición 1984, encontramos, haciendo nuestras las que al caso vienen para el significado de:

“Programa: 42 previa declaración de lo que se piensa hacer en alguna materia u ocasión. 7. Proyecto ordenado de actividades. 8. Serie ordenada de operaciones necesarias para llevar a cabo un proyecto”, y

“Personal: del lat. *personalis*. Perteneciente a la persona o propio o particular de ella”.

“Acudiendo a la semántica, tenemos que, en correcto castellano, la exigencia 2.13.10 del pliego ‘programa personal’, nos indica que el licitante anticipadamente y en forma ordenada debe historiar su personal proyecto de actividades que va a desarrollar en la ejecución de la obra número 5 en caso de serle adjudicada. Este y no otro sentido en estricto concepto gramatical es el que se deduce de dicho documento; ahora, como solo para este documento la empresa no acompañó preimpreso como sí se hizo para los demás, el ingeniero Téllez T. empleó hoja de su ‘personal papelería’ para llenar el requisito a que nos estamos refiriendo y procede a exponer su ‘programa personal’ hablando por ende en ‘primera persona’. Allí de manera ordenada da cuenta de lo que será su actividad y de su maquinaria y de sus asesores, ver documento obrante al cuaderno 5 ‘pruebas pedidas por el actor’ en folio sin número, además, en el volumen de la propuesta elaborada por el citado ingeniero.

“Luego la eliminación de su propuesta con fundamento en la falta del famoso ‘programa personal’ tal como lo exige el pliego de condiciones se torna en una solemne herejía, desafortunadamente prohijada por el autorizado fallador de instancia.

“Pero seguramente se me contraargumente que la eliminación del ingeniero Téllez T. no se produjo por falta del programa personal, sino

SECCION TERCERA

por ausencia del 'programa de personal' o como se barranta con creación fuera del pliego 'programa de mano de obra' (resalto).

"Y aquí sí, recordando a nuestro maestro Darío Echandía tendremos que exclamar 'es que una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa', pero si la gramática es el arte de escribir bien una lengua y hablarla mejor, los errores en que pudieron incurrir quienes tuvieron a bien y a costosísimo precio plagiar 'pliego de condiciones proporcionado por Empresas Públicas Municipales de la Ciudad de Cali' con fallas como la anotada; éstas no se pueden cargar al haber del administrado-proponente porque ya desde los romanos nos enseñaban que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

"La seguridad en los negocios jurídicos desaparecería y su garantía, el 'principio de legalidad', aceptar como se hace en el fallo recurrido, que se pueda eliminar la propuesta más favorable en una licitación, porque no se anexó un documento cuya exigencia de manera clara, sencilla y precisa no consta en el pliego de condiciones, sería nuestro caso.

"Porque si los ya borrosos recuerdos de lo que me enseñaba la maestra Tinita en la escuelita rural y la gramática no me engañan, la preposición 'de' en sus diecinueve acepciones y una de ellas, '2. Explica el modo de hacer varias cosas, de suceder otras' su ausencia o presencia cambia totalmente el sentido de la oración así: 'Programa personal' establecido está, programa desarrollado por Téllez T. narración de su personal actividad de manera ordenada a la construcción de la obra número 5; pero si decimos 'Programa de personal' el uso o aplicación de la preposición 'de' cambia totalmente el significado o sentido de la oración, así si es otra cosa, teniendo razón la demandada, en caso de haberse redactado el documento con la preposición aludida, pero como así no se hizo, de tal razón carece y se vigoriza la situación del ingeniero Henry Téllez Toro.

"Solamente la escasez de tiempo justifican el error en que incurre el honorable Tribunal cuando en toda la extensión de su proveído acoge como documento faltante 'el programa de personal' lo que lo conduce fatalmente sin consideración distinta a desestimar las pretensiones.

"No obstante la evidente demostración de la razón que acuna al actor para no manifestar sentimientos de alegría con el fallo de instancia, propongámonos cuestión diferente, que el documento sí está correctamente redactado y en él se dice 'programa de personal'.

"En este caso, con la suficiente sindéresis, ¿se podría desechar desfavorablemente las pretensiones planteadas, aún, con estimación ponderada del

abundante haber probatorio allegado al proceso y ampliamente de lado del actor?

“Veamos, a la lente de lo dispuesto en el art. 33 del Decreto 222 de 1983; art. 41 del Decreto 337 de 1987 ‘Estatuto Contractual del Municipio de Pereira’; art. 81 del Decreto 357 de 1981, Código Fiscal de Pereira; ampliamente desarrollados por el actor en documentos como el ‘2.13.13, personal profesional y técnico a cuyo cargo estaría la dirección de la obra’; 2.13.18 ‘jornales básicos’, 2.13.19 ‘Análisis de las prestaciones sociales del personal’ folios 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 42, 43 a 60 de la propuesta del actor, en donde al diligenciar los preimpresos denominados ‘análisis de precios unitarios’ se determina en forma precisa el número de obreros o mano de obra para la ejecución de cada una de las partes en que se ha programado la ejecución; al fl. 73 de la citada propuesta ‘programa avance de la obra’ se desarrolla de manera técnica lo que sería realmente un programa en relación con la mano de obra.

“Conforme con lo anterior nos preguntamos en el presunto caso de haberse redactado conforme a lo que la administración pretendía se contestase al llenar este documento ‘Programa de Personal’ supuestamente exigido en el 2.13.10, adquiere o tiene dicho documento virtualidad tanta, categoría determinante o *ab sustanciam actus* para que por sí solo sea eliminada la mejor propuesta, la más favorable por cualquier aspecto que se le examine.

“Esta constituía cuestión fundamental a resolver por el Juez de Instancia, pero ninguna, ni la más mínima consideración mereció.

“En sana lógica a más de elemental, jurídica, la respuesta tiene que ser negativa, por lo que el distinguido jurista y ex magistrado ocasional asesor de la demandada con tino al resolver consulta a él propuesta adelantara a manera de sabio consejo:

“Es posible que el proponente alegue en su favor ante la jurisdicción contencioso que el controvertido ‘programa personal’ no es ‘sustancial’ ni determinante, apoyándose en la regla 3.30 ‘personal del contratista’; ‘contratación, superintendencia, relaciones laborales, etc.’.

“Por lo tanto corre a cargo del contratista el pago de salarios, indemnizaciones, bonificaciones y prestaciones sociales que aquellos (los trabajadores) tengan derecho”.

“Siendo ésto así, está llamada a triunfar la tesis de que el rubro ‘programa personal’ no tiene la suficiente jerarquía para que su omisión logre

SECCION TERCERA

invalidar la propuesta ya que todas las obligaciones laborales con este personal corren a cargo del contratista. Pero hay algo que sí interesa en grado sumo a las empresas, las obras que se ejecuten en forma técnica y eficiente y dentro del plazo acordado en el contrato”.

“Doctor Benjamín Botero Villegas, folio 27, Actas de la Junta Directiva Empresas de Pereira.

“Y el Honorable Consejo de Estado a su turno en parecida cuestión, nos enseña:

“Así las cosas, un manejo del asunto con la lógica de lo razonable, ha debido permitir al licitante concluir que el aspecto que se invocó como apartamiento del pliego de condiciones no era sustancial, ni determinante, sino de simple trámite o espera corta en el tiempo, circunstancias todas que han debido llevarlo a no concluir con la rigidez con que lo hizo, que la propuesta de Socovig no cumplía con los requisitos enlistados en el mismo. En esta materia la doctrina se inclina por un manejo flexible de las situaciones para no hacer nugatorio el derecho que tiene a la adjudicación quien ha presentado una buena oferta, sólo cuestionable por simples detalles. Esto explica que Eduardo García de Enterría enseñe sobre el particular:

“...hay que tener presente, sin embargo, como ha observado la sentencia del 22 de noviembre de 1973 que ‘no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida...’ (Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Civitas, p. 657)”.

“(Sentencia de febrero 19 de 1987. Radicación número 4694. Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XVI, No. 185, mayo de 1987, p. 46).

“Además se nos ha enseñado, que el pliego de condiciones debe estar escrito en el más puro castellano de manera tal que con sencillez y elegancia se unan las palabras para formar las oraciones expresando conceptos con nítida finalidad por lo que:

“El pliego de condiciones compromete a la administración por cuanto él contiene las bases de la relación contractual. Por eso se exige que sea claro, completo y que relacione todos los elementos indispensables para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni

sobre el alcance, número y calidad de sus posibles omisiones, y menos las que pueden tacharse de capciosas”.

“(Honorable Consejo de Estado, Sala Contencioso-Administrativa, Sección III, Sent. del 16 de enero de 1975, Exp. 1503, Consejero Ponente Gabriel Rojas Arbeláez, Actor, Pablo de Narváez, Cit. por Gustavo Humberto Rodríguez ‘Contratos Administrativos’, Lib. Jurídicas Ilches (sic), Ed. 1988, p. 81).

“El Dr. Javier Ignacio Ramírez, miembro de la H. Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira, refiriéndose al concepto jurídico apriorísticamente eliminatorio de la propuesta del aquí actor a la p. 33 de las actas del 20 de junio de 1988 hace esta reflexiva consideración:

“...sin embargo hay otros documentos como el programa de personal en el cual no hay claridad suficiente para su interpretación como causal de descalificación; dijo entender los argumentos del doctor Norman Duque los cuales son buenos, pero cuando se determina un documento como indispensable, los pliegos deben ser claros en la forma de pedirlos. Opino que sobre este punto pueden entenderse muchas cosas y que una era lo que se quería decir y otra muy diferente lo que realmente quedó redactado en el pliego”.

“Concluyo que sobre el punto no hay suficiente claridad y sería aventurado descalificar unas firmas con base en un aparte mal redactado”.

“Y abundando hasta el cansancio en razones y sin razones, la poca importancia y relatividad del documento invocado como causa descalificatoria la podemos deducir igualmente del ítem 2.30 del pliego, traslado a la minuta contractual con que finaliza, en virtud del cual las empresas contratantes en cualquier momento pueden exigir del contratista el aumento, disminución o retiro del personal; diferente podemos considerar criterios como precio, honestidad, experiencia, cumplimientos anteriores, equipos, pues, mano de obra en este país de constante desempleo se obtiene en la calidad y cantidad que se desee en cualquier momento, sucede de manera diferente para los otros criterios mencionados y de los cuales es ampliamente titular del actor, ahora, vencido.

“Siendo esta una realidad, entonces, ¿por qué se elimina la propuesta más favorable con fundamento en el cumplimiento de un requisito inexistente en el pliego de cargos, como lo considero luminosamente demostrado?

“Esos misteriosos y secretos criterios determinantes para preferir la propuesta del ‘Consorcio Gustavo Osorio-Libardo Salazar’ incurso en los

SECCION TERCERA

parámetros del Código Penal, podemos imaginarlos y podía haberlo hallado el Magistrado Ponente si con ponderación y esmero se adentra en el haber probatorio obrante en autos; estudiando el Cuaderno número 3 'Evaluaciones de Propuestas' estas a cargo de los ingenieros Eduardo Rojas González, Francisco Javier Vinazco, Carlos Guarín Escudero, nos encontramos con esta extraordinaria demostración a las dudas planteadas entre líneas desde la demanda, encontrando la villanía y torticeros procedimientos administrativos para eliminar al ingeniero Henry Téllez Toro; al efecto me permito transcribir textualmente la cita del texto anunciado:

Estudiadas las ofertas correspondientes a las obras Nos. 2-3-5 y 6 de la Licitación de la referencia se observó: Consorcio: Gustavo Osorio-Libardo Salazar, no adjuntó a su oferta los siguientes documentos: Certificado o documento de Constitución del Consorcio, Certificado de inscripción en el registro respectivo del Ingeniero Libardo Sánchez (sic), además el certificado de inscripción en el Registro de Contratistas, anexo, no cumple con los requisitos de clasificación y calificación exigidos. Puntos 2. 13. 18, 2. 13.14 en consecuencia debe ser eliminada su propuesta.” (El resalto que hago es mío y pretendo llamar la atención acerca de esta iniquidad de la Administración demandada).

Nichil rarum est sub sole.

“Antonio Dellepiane en su pequeña pero monumental obra ‘Nueva Teoría de la Prueba’ a la pág. 67 se pregunta: ‘III. ¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. ¿Cómo es que mediante un hecho comprobado, podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que ni ha sido percibido por nosotros, ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos le cuenta, ni ha sido consignado en documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor? Merced a una operación de la mente, como acabamos de adelantarlo; merced a una inferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas’.

“Favorecida la propuesta más desfavorable por todos sus aspectos, incompleta por faltar los documentos antes anotados por el Comité de Evaluación, son llamados, precisamente por el soberano que ostenta la facultad de adjudicar -Gerente de las Empresas- y les proporciona la manera de que completen y subsanen las fallas que indujeron a la Junta Evaluadora a

recomendar su eliminación, y este proceder, es el único que puede explicar el por qué el Consorcio Osorio-Salazar, aparece ahora con una propuesta casi perfecta o más perfecta; porque al desarrollar el 'supuesto documento 2.13.10' por el cual se eliminó la propuesta más favorable, ellos la cumplen conforme al querer secreto de la empresa y ante la falta de preimpreso, elaboran un formato en donde se bautiza con 'programa de personal', cuando ésto no es lo que está exigiendo la administración en el pliego, reitero el 2.13.10 exige es un 'programa personal'.

“¿Cuál fue la contraprestación? en corrillos y mentidros del poblado todos lo dicen, pero vaya pruébalo.

“Desde luego que se perfeccionó la propuesta conforme a las procedentes deducciones, pero como mentir es de sabios y toda 'conducta típica y culpable' deja sus huellas y rastros imborrables, se olvidaron enmendar también del pliego de condiciones el 'documento 2.13.10' y del volumen del Comité evaluador, el estudio hecho a la propuesta del Consorcio Gustavo Osorio - Libardo Salazar.

“Resumen:

Teniendo en cuenta que el destino mediato de esta sustentación lo es el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo con respeto y consideración llamo la atención de los Honorables Consejeros en general y en particular del Consejero Ponente acerca de los siguientes asuntos aquí expuestos:

“a) El documento eliminatorio de la propuesta del Ingeniero Henry Téllez Toro exigido en el numeral 2.13.10 del pliego de condiciones se refiere a un 'programa personal' y no a un 'programa *de* personal' -resalto- y aquél se encuentra anexo a la propuesta.

“b) La propuesta del Consorcio Gustavo Osorio-Libardo Salazar conforme a lo transcrito a la página anterior de esta memoria adolecía de la falta de varios documentos, lo que indujo al Comité Evaluador a recomendar su eliminación.

“Las razones expuestas e historiadadas en mis diferentes memorias (demanda, alegación de conclusión y esta sustentación), como fundamento de la invocación tutelar que hago a los derechos groseramente lesionados con el acontecer administrativo denunciado, han de ser suficientemente claros para de ellos deducir mi informalidad, de una parte con el acto acusado y de la otra con la resolución del *a quo* y por ende sustentación suficiente del *recurso de*

SECCION TERCERA

apelación interpuesto a fin de que el superior jerárquico disponga la revocatoria del fallo recurrido y en su lugar se acceda a las pretensiones formuladas”.

III. CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

El apoderado del demandado, en escrito visible a folios 3, 12 y siguientes del cuaderno número 1 defiende el universo que tiene el fallo impugnado y para ello discurre dentro de la siguiente óptica:

“La parte demandada se encuentra satisfecha con la sentencia producida. Ella es acertada y está conforme con el derecho y la equidad. Recoge los argumentos defensivos expuestos, creemos que abundantemente, en la contestación de la demanda, en el alegato del bien probado y en general, en todos los momentos del proceso.

“Consideramos innecesario repetirlo. Sería cansar a los señores falladores de segunda instancia.

“Sin embargo, no podríamos dejar de referirnos a algunos apartes del desasosegado memorial de apelación presentado por el señor apoderado de la parte derrotada en sus pretensiones.

“Cuando él le endilga a la sentencia una intención ‘minimizadora’ de los planteamientos de la demanda, creemos que cae en su propia maraña mental. La presunta ‘minimización’ sólo existiría frente a una ‘maximización’. Y ésta, en nuestro sentir, existió en cuanto a las pretensiones del actor, por él y por su apoderado. Es la aplicación del viejo principio de la relatividad que ocasiona el cristal con que se mire.

“Pero donde más criticable es el alegato que sustenta la apelación es cuando, en jugada que pretende ser habilidosa, aparece, a última hora, una interpretación de la expresión ‘programa personal’ que no se había planteado ni en la demanda ni en el curso del debate probatorio. El examen cuidadoso del expediente demuestra que la tesis de la parte actora fue siempre la de que el requisito ‘programa de personal’, entendiendo la expresión con el mismo significado de ‘programa de mano de obra’ no era esencial, ni suficiente para causar la eliminación. Baste recordar, por ejemplo, las preguntas hechas por el apoderado del actor, a los testigos.

“Por ello, aparecer de pronto con la seudointerpretación de aparente corte semántico -procedía de los simpáticos renglones sobre la preposición ‘de’ que apuntan a ‘erudición a la violeta’- viene a ser un cambio, que no entraríamos a calificar en su intención, de los parámetros de la discusión.

“Eso sí es ‘torticero’ (para robarnos este adjetivo tan repetidamente utilizado en la demanda) y acomodado. Linda con el irrespeto. Este, sin duda, no fue enseñado por la admirada Tinita que con ‘grecoquimbaya’ emoción rememora el distinguido colega.

“Como linda, por su carácter de ‘demagógico’ ardid, la repetición, sin ninguna prueba de qué entidad al infundio, de la maledicente referencia a lo que se dice, según la parte actora, en ‘corrilos (sic) y mentideros’.

“Afortunadamente para Colombia, como lo hemos podido comprobar en los últimos días, nuestros máximos tribunales de justicia tienen la suficiente independencia para obrar por encima de las bajísimas pasiones politiqueras y parroquiales.

“Ruego a la Honorable Sección Tercera de lo C. A. del Consejo de Estado confirmar la sentencia recurrida”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el sentenciador de instancia, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho.

Como el Tribunal estudió las excepciones propuestas por el Centro de Imputación Jurídica demandado, el *ad quem* se limitará a declararlas no probadas, pues el análisis jurídico que el tribunal hizo sobre el particular es de recibo en todo su universo. Así las cosas, y para la mejor comprensión de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se tienen por probados, en debida forma, los siguientes hechos:

Primero: Que por Resolución de Gerencia número 587 de 1988, las Empresas Públicas de Pereira, abrieron la Licitación Nacional número 009-88-AC01, conformada por las obras Nos. 2, 3, 5 y 6. De éstas, el conflicto de intereses se centra en la número 5, que tenía por objeto:

“...la construcción de la conducción del Acueducto de Pereira entre el K2 + 570 y el K3 + 470, en box culvert de 2.000 TX210 MT de sección libre. Las cantidades de obra más representativas son: Excavaciones y retiros: 34.000 m³, concretos 2110 m³, acero de refuerzo 175 toneladas” (cdnos. 3, 4 y fls. 3 y 5).

Segundo: Que en la invitación a recibir propuestas y bajo el rubro “documentación de la propuesta”, se lee:

SECCION TERCERA

- “2.13.1 Autorización para entregar la propuesta debidamente autorizado por el representante legal.
- “2.13.2 Carta de presentación de la propuesta.
- “2.13.3 Garantía de seriedad de la propuesta (con Compañía de Seguros que tenga sucursal en la ciudad de Pereira), y recibo original del pago de la prima de la misma, por la propuesta original.
- “2.13.4 Certificación de inscripción y vigencia en el Registro de Contratistas respectivos con la calificación y clasificación en el mismo.
- “2.13.5 Certificado de la Cámara de Comercio (con una antelación no mayor a 30 días).
- “2.13.6 Acta de Junta Socios (que autorice al representante legal a presentar la propuesta).
- “2.13.7 Abono de la propuesta (quien firme la propuesta deberá ser un profesional de la Ingeniería y deberá anexar fotocopia autenticada de su respectiva matrícula vigente).
- “2.13.8 Organigrama del Proyecto.
- “2.13.9 Organización y Método de Trabajo (Memoria Técnica).
- “2.13.10 Programa de actividades, programa de equipos y programa personal.
- “2.13.11 Programa de inversiones.
- “2.13.12 Equipo de construcción propuesto para la obra.
- “2.13.13 Personal profesional y técnico a cuyo cargo estará la Dirección de la Obra (anexar sus respectivas hojas de vida).
- “2.13.14 Experiencia profesional de la firma en trabajos similares al objeto de esta licitación.
- “2.13.15 Recibo original del pago de pliegos.
- “2.13.16 Valor total de la propuesta (formulario de la propuesta).
- “2.13.18 Jornales básicos.
- “2.13.19 Análisis de las prestaciones sociales para personal profesional y técnico, así como también para el personal de la obra.
- “2.13.20 Lista de precios, materiales y combustibles.

- “2.13.21 Tarifas de horarios de equipos.
- “2.13.22 Porcentajes utilizados para calcular los gastos de administración y dirección generales de la obra, así como los imprevistos y utilidades.
- “2.13.23 Certificado de visita al sitio donde se construirán las obras, (la visita a la obra deberá realizarse por un profesional de la ingeniería, debidamente autorizado por el representante legal).
- “2.13.24 Programa de utilización del anticipo.
- “2.13.25 Balance del proponente, firmado por Contador Público, anexando matrícula profesional autenticada del último año de gestión.
- “2.13.26 Constancia de que fueron recibidas las adendas a la licitación, en caso de que las hubiere.
- “2.13.27 Certificado de contratos actualmente en ejecución, señalando costos, plazo y nombre de la entidad contratante, porcentaje y valor de la (las) obra(s) ejecutada(s) a la fecha, expedido por el Gerente, Director, Representante Legal o Secretario General de la Entidad Contratante.
- “2.13.28 Certificado de Constitución de Consorcio autenticado en Notaría” (cdno. No. 4 fls. 23 y 24).

Tercero. Que el día cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), tuvo lugar la apertura de una urna contentiva de las propuestas recibidas, registrándose el siguiente resultado:

“Obra No. 5

“ I

“Proponente: Consorcio-López Hermanos Ingenieros Ltda. Humberto García A.

“Valor de la propuesta: \$214.377.090.70.

“Plazo de ejecución de la obra: Doce (12) meses.

“Póliza No. 165076 de Aseguradora del Valle S.A.

“Valor asegurado: \$21.600.000.00 Vigencia: Mayo 4 a septiembre 6 de 1988.

“Certificado Cámara de Comercio No. 09960-4 fecha: Abril 25 de 1988.

SECCION TERCERA

“Paz y salvo EE.PP.: No. 88 10 86 Vigencia: Mayo 27 de 1988-López Hnos. Ingos.

“Paz y Salvo EE.PP.: No. 880179 Vigencia: Mayo 26 de 1988 - Humberto García A.

“Recibo de pago de los pliegos: No. 33287 K.

“No. de hojas de la propuesta: Original con 144 folios.

1ª copia con 121 folio,

2ª copia con 142 folios.

“II.

“Proponente: Consorcio-Gustavo Osorio R. Libardo Salazar

“Valor de la propuesta: \$213.817.005.20.

“Plazo de ejecución de la obra: Diez (10) meses.

“Póliza número 632705 de Seguros del Comercio S.A.

“Valor asegurado: \$21.382.000. Vigencia: Mayo 4 a septiembre 11 de 1988.

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880211 Vigencia: Junio 3 de 1988 - Gustavo Osorio R. No. 880209 Vigencia: Junio 3 de 1988-Libardo Salazar “Recibo de pago de los pliegos: No. 33420 K: “No. de hojas de la propuesta:

Original con 107 folios.

1ª copia con 108 folios.

2ª copia con 108 folios.

“III

“Proponente: Consorcio -Pavicol- Luis Fernando Potes Caro.

“Valor de la propuesta: \$183.225.828.50.

“Plazo de ejecución de la obra: Once (11) meses.

“Póliza No. 632714 de Seguros del Comercio S.A.

“Valor asegurado \$19.000.000.00 Vigencia: Mayo 3 a septiembre 10 de 1988.

“Certificado Cámara de Comercio No. 21-47922-3 Fecha: abril 25 de 1988.

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880174 Vigencia: Mayo 25 de 1988.

“Recibo de pago de los pliegos: No. 331012 K

“No. de hojas de la propuesta: Original 101 folios.

1ª copia 99 folios.

2ª copia 99 folios.

“IV

“Proponente: Conacon Ltda.

“Valor de la propuesta: \$198.917.558.92.

“Plazo de ejecución de la obra: Doce (12) meses.

“Póliza No. 07-26497-0 de Seguros Colmena.

“Valor asegurado: \$21.000.000.00 Vigencia: Mayo 4 a septiembre 4 de 1988.

“Certificado Cámara de Comercio: No. 09953-4 Fecha: abril 25 de 1988.

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880204 Vigencia: junio 2 de 1988.

“Recibo de pago de los pliegos: No. 33167 K

“No. de hojas de la propuesta: Original con 126 folios.

1ª copia con 125 folios.

2ª copia con 124 folios.

“V

“Proponente: Consorcio Delgado Delgado-José Leonidas Moreno.

“Valor de la propuesta \$207.496.407.80.

“Plazo de ejecución de la obra: once (11) meses.

“Póliza No. 26499 de Seguros Colmena.

“Valor asegurado \$24.000.000.00. Vigencia: mayo 4 a septiembre 2 de 1988.

“Certificado Cámara de Comercio No. 10522-5. Fecha mayo 3 de 1988.

SECCION TERCERA

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880222. Vigencia: junio 5 de 1988.

“Recibo de pago de los pliegos: No. 33284 K.

“No. de hojas de la propuesta: original con 113 folios.

1ª copia con 114 folios.

2ª copia con 115 folios.

“VI

“Proponente: ALA S.A.

“Valor de la propuesta \$274.360.960.42.

“Plazo de ejecución de la obra: diez (10) meses.

“Póliza No. 3111181 de Seguros la Confianza.

“Valor asegurado \$27.436.096.04. Vigencia: mayo 5 a septiembre 5 de 1988.

“Certificado Cámara de Comercio No. 21-07146-4. Fecha mayo 2 de 1988.

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880198 Vigencia: Junio 2 de 1988.

“Recibo de pago de los pliegos: No. 33418 K

“No. de hojas de las propuestas: Original con 129 folios.

1ª copia con 113 folios.

2ª copia con 113 folios.

“Observación:

1. Adjudicación y ejecución simultánea de las obras Nos. 3, 4 y 5 -6% de descuento.

2. Adjudicación y ejecución simultánea de las obras 3 y 4, o 4 y 5 o 3 y 5: 5% de descuento.

“Estos descuentos serían aplicables a todos los precios unitarios.

“VII

“Proponente: Consorcio-Gustavo Hernán Giraldo D.-Germán Torres S.

“Valor de la propuesta: \$206.895.950.10.

“Plazo de ejecución de la obra: Diez (10) meses.

“Póliza No. 9138500 de: Seguros del Estado.

“Valor asegurado: \$25.000.000.00 Vigencia: Mayo 4 a septiembre 9 de 1988.

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880188 Vigencia: Mayo 28 de 1988-Gustavo H. Giraldo. No. 880216 Vigencia: junio 4 de 1988. Germán Torres S.

“Recibo de pago de los pliegos: No. 33029 K

“No. de hojas de la propuesta: Original con 206 folios. 1ª copia con 206 folios. 2ª copia con 206 folios.

“Observaciones: En caso de ser adjudicadas las obras 5 y 6 el E.U. I. será del 17%.

“VIII

“Proponente: Henry Téllez Toro.

“Valor de la propuesta: \$177.174.098.99.

“Plazo de ejecución de la obra: Once (11) (sic).

“Póliza No. 632704 de: Seguros del Comercio S.A.

“Valor asegurado: \$18.000.000.00 Vigencia: Mayo 4 a septiembre 11 de 1988.

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880155 Vigencia: Mayo 20 de 1988.

“Recibo de pago de los pliegos: No. 33156 K

“No. de hojas de la propuesta: Original con 91 folios.

1ª copia con 93 folios.

2ª copia con 92 folios.

“IX

“Proponente: Pinski y Asociados S.A.

“Valor de la propuesta: \$299.569.175.00.

“Plazo de ejecución de la obra: Doce (12) meses.

“Póliza No. 3112126 de: Seguros La Confianza.

“Valor asegurado: \$75.000.000.00 Vigencia: Mayo 5 a septiembre 5

SECCION TERCERA

de 1988.

“Certificado Cámara de Comercio No. 13.476-3 Fecha: Abril 13 de 1988.

“Paz y salvo EE.PP.: No. 880077 Vigencia: Abril 28 de 1988

“Recibo de pago de los pliegos: No. 33165 K

“No. de hojas de la propuesta: Original con 233 folios.

1ª copia con 233 folios.

2ª copia con 233 (fls. 150-152

cdno. No. 8).

Cuarto: Que por Resolución de Gerencia número 974 de 11 de mayo de 1988, se conformó la Comisión Evaluadora de las Propuestas, la cual fue integrada por las siguientes personas:

<i>Nombre</i>	<i>Cargo</i>	<i>Entidad</i>
“Albeiro Gallego A.	Subgerente Técnico (E.)	Empresas Públicas
“Coordinador		
“Gerardo Betancur González	Sustanciador Oficina Jurídica	Empresas Públicas
“Eduardo Rojas G.	Coordinador del Proyecto	Contratista Empresas Públicas
“Carlos Guarín Escudero	Ingeniero Interventor	Obras Públicas Municipales
“Francisco Javier Vinasco Vergara	Jefe Monitoreo Zona (Uno (1))	Planeación Metro- litana” (fl. 3, cdno. No. 3)

La anterior comisión, como un primer paso de evaluación, tuvo en cuenta el memorando que la Oficina Jurídica dirigió el día 23 de mayo de 1988, al Ingeniero Albeiro Gallego, Subgerente Técnico (E.) en la cual, y en lo pertinente se lee:

“Para la obra número 5, se presentaron las siguientes ofertas:

“Consortios de: López Hermanos Ltda. - Humberto García.

“Consortios de: Delgado Delgado - Leonel Moreno.

“Consortios de: Gustavo Osorio - Libardo Salazar.

“Consortios de: Pavicol Ltda. - Luis Fernando Potes.

“Consortios de: Gustavo Hernán Giraldo - Germán Torres, y las firmas de:

“Arquitecto e Ingenieros S. A. Henry Téllez Toro y Conacon Ltda.

“Pinski Asociados S.A.

“Analizadas las propuestas presentadas para la obra número 5, se observó:

“Las ofertas de las firmas: Consorcio López Hermanos Ingenieros Ltda., Humberto García, Consorcio de Pavicol Ltda. Luis Fernando Potes C., y Conacon Ltda., no anexaron a sus propuestas el programa de actividades del personal. Punto 2.13.10, por lo tanto deben ser eliminadas, al igual que la propuesta del Ingeniero Henry Téllez T. que no cumplió con esta exigencia del pliego.

“La firma Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., no adjuntó al programa (sic) actividades del personal, ni el certificado de recibo de adendas de la licitación. Puntos 2.13.10 y 2.13.26, debe ser eliminada.

“El Consorcio Delgado Delgado-Leonel Moreno, no allegó las hojas de vida del personal profesional y técnico, ni el programa actividades del personal puntos 2.13.10 y 2.13.13. Se debe eliminar, punto 2.19 del pliego.

“Cumplen con lo exigido en el pliego: Los consorcios de: Gustavo Osorio-Libardo Salazar y el Consorcio de Gustavo Hernán Giraldo-Germán Torres y Pinski Asociados S.A.” (fls. 8-9, cdno. No. 3).

Quinto: Que la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira, en su sesión del 27 de junio de 1988, aprobó la adjudicación de la licitación al Consorcio Gustavo Osorio y Libardo Salazar, por un valor de doscientos trece millones ochocientos diecisiete mil cinco pesos con veinte centavos (\$213.817.005.20) como se lee en los considerandos de la Resolución número 1425 de 25 de julio de 1988, en la cual se destaca:

“1) Que para la obra número 5 se presentaron los siguientes proponentes:

“-Consorcio López Hermanos Ingenieros - Humberto García Arbeláez.

SECCION TERCERA

“-Consortio Gustavo Osorio R. - Libardo Salazar.

“-Consortio Pavicol - Luis Fernando Potes C.

“-Conacon Ltda.

“-Consortio Delgado Delgado - José Leonidas Moreno.

“-A.I.A. S.A.

“-Consortio Gustavo H. Giraldo D. - Germán Torres.

“-Henry Téllez Toro.

“-Pinski y Asociados S.A.

“(II) Que de acuerdo con la evaluación jurídica hecha a las propuestas, debieron ser eliminadas por no cumplir con todos los requisitos exigidos en el pliego, las siguientes:

“-Consortio López Hermanos Ingenieros-Humberto García A.

“-Consortio Pavicol - Luis Fernando Potes C.

“-Conacon Ltda.

“-Consortio Delgado Delgado - José Leonidas Moreno.

“-A.I.A. S.A.

“-Henry Téllez Toro.

“(m) Que teniendo en las propuestas que quedaron elegibles, el Comité Evaluador de las mismas presentó el siguiente orden de elegibilidad de acuerdo con el menor valor ofrecido.

“1. Consortio Gustavo H. Giraldo-Germán Torres \$206.895.950.10.

“2. Consortio Gustavo Osorio-Libardo Salazar \$213.817.005.20

“3. Pinski y Asociados S.A. \$299.569.175.00”.

(cdno. No. 1 fl. 4).

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que sea menester apreciar a lo largo de este proveído, la Sala entra a estudiar el universo que tiene la propuesta presentada por el Ingeniero Henry Téllez Toro, con el fin de definir si, en puridad de verdad, era la mejor.

Desde el punto de vista del precio, el cuadro preparado por el Comité Evaluador, es bien significativo pues de su lectura se vivencia que la oferta del demandante era la más baja. En él se lee:

Propuesta No.	Nombre del proponente (pesos) (Si/No)	Vr. corregido	Elegible
1	A.I.A.	274.360.960.42	NO
2	Pavicol y Luis F. Potes	183.225.828.80	NO
3	Gustavo Osorio y Libardo Salazar	213.817.005.20	SI
4	Conacon	198.917.558.92	NO
5	Delgado y Delgado y Leonidas Moreno	207.496.407.80	NO
6	Gustavo Giraldo y Germán Torres	206.895.950.10	SI
7	López Hnos. y Humberto García	214.377.090.70	NO
8	Henry Téllez	177.174.098.99	NO
9	Pinski y Asoc.	299.569.175.00	SI

(fl. 14, cdno. No. 3).

Dentro del marco anterior se tiene que lo ofertado por el actor tenía un precio inferior a lo cotizado por el Consorcio Gustavo Osorio y Libardo Salazar, de treinta y seis millones seiscientos cuarenta y dos mil novecientos seis pesos con veinte centavos (\$36.642.906.20) moneda corriente.

Desde el punto de vista de la clasificación y calificación en el Registro de Contratistas, Henry Téllez Toro, tiene los siguientes puntajes:

	Puntaje	Categoría
“1. Vías	387.63	1
2. Obras de arte	235.46	2
3. Sanitaria y telefonía	247.29	3
4. Vivienda	252.00	4
5. Estructuras metálica	222.00	5
6. Pavimentos	356.09	6

(fl. 13, cdeno. 2)”.

SECCION TERCERA

El consorcio ganador tiene, bajo el mismo rubro, los siguientes puntajes:

Puntaje Categoría

“1. Vías	259.99	1
2. Obras de arte	225.10	2
3. Sanitaria y telefónica	281.25	3
4. Vivienda	207.21	4
5. Estructuras metálicas	162.60	5
6. Pavimentos	255.86	6

(Fol. 7. C. 2A)”.

Como se puede apreciar, el puntaje, en casi todos los rubros, favorece al actor. Aquí observa el sentenciador que la experiencia era de interés en el frente Vías, en el cual el consorcio demandante registra excelente experiencia. Del informe de la firma se desprende que con anterioridad había suscrito y terminado a satisfacción del municipio de Pereira, obras como la construcción de la Avenida del Río, y con el Departamento de Risaralda, la ampliación y rectificación de la vía La Popa- Frayles.

Llama la atención del sentenciador la circunstancia de que no obstante haber definido el Comité Evaluador que para la obra No. 5, “...se ha considerado experiencia de los proponentes en las siguientes obras:

Canales reforzados - Box Culverts

Puentes

Estructuras para plantas de tratamiento de agua

(Desarenador - Sedimentadores)

Muros en concreto reforzado-tanques...” (cdno. No. 3, fl. 18), se haya optado por adjudicar el contrato a quien registraba una experiencia muy marcada en construcción de vivienda, desechando a quien demostraba que la tenía, y con mejor universo, en todos los anteriores frentes de trabajo.

Desde el punto de vista de la maquinaria el demandante hizo la siguiente relación de equipos:

“...

Relación de equipos

cantidad condicion.	clase edad	tipo localiza.	capacidad	valor estima.		propietario	años	actual
				en la fecha				
Una	Retroexc.	Orugas	90m3/hora	40.000.000	Henry Téllez	Nueva	4 meses	Pereira
Una	Retroexc.	Orugas	80m3/hora	25.000.000	Henry Téllez	Usada	3 meses	Pereira
Una	Retroexc.	Orugas	60m3/hora	18.000.000	Henry Téllez	Usada	4 meses	Pereira
Una	Retroexc.	Llantas	60m3/hora	25.000.000	Henry Téllez	Usada	2 meses	Pereira
Una	Retroexc.	Llantas	60m3/hora	30.000.000	Henry Téllez	Usada	1 mes	Pereira
Uno	Bulldozer	D-65-E-8	150m3/hora	50.000.000	Henry Téllez	Nuevo	3 meses	Pereira
Uno	Cargador	Orugas	50m3/hora	15.000.000	Henry Téllez	Usado	6 meses	Pereira
Uno	Cargador	Llantas	80m3/hora	20.000.000	Henry Téllez	Usado	4 meses	Pereira
Una	Motoniv.	Llantas	40m3/hora	15.000.000	Henry Téllez	Usada	7 meses	Pereira
Un	Compres.	Portát.	160FT3/min	6.000.000	Henry Téllez	Usado	4 meses	Pereira
Uno	Compres.	Portát.	100FT3/min	4.000.000	Henry Téllez	Usado	1 mes	Pereira
Una	Mezcladora	Portát.	2 sacos	1.000.000	Henry Téllez	Usada	4 meses	Pereira
Una	Mezcladora	Portát.	1 saco	400.000	Henry Téllez	Usada	1 mes	Pereira
Una	Mezcladora	Portát.	1 saco	350.000	Henry Téllez	Usada	2 meses	Pereira
Una	Volqueta	Dodge 600	4.0m3	5.000.000	Henry Téllez	Usada	7 meses	Pereira
Una	Volqueta	Dodge 600	4.0m3	4.500.000	Henry Téllez	Usada	8 meses	Pereira
Una	Volqueta	Dodge 600	4.0m3	4.200.000	Henry Téllez	Usada	9 meses	Pereira
Tres	Volqueta	Fiat	5.0m3	6.000.000	Henry Téllez	Usada	6 meses	Pereira
Una	Volqueta	Fiat	5.0m3	5.700.000	Henry Téllez	Usada	7 meses	Pereira
Una	Motobom.	Eléctr.	03	400.000	Henry Téllez	Nueva		Pereira
Una	Motobomb.	Gasolina	0 3"	250.000	Henry Téllez	Usada	2 meses	Pereira
Cuatro	Ranas	Gasolina		200.000	Henry Téllez	Usadas	2 meses	Pereira

(cdno. No. 2, fls. 21 y 22).

El Consorcio Gustavo Osorio - Libardo Salazar, a su turno, presentó el siguiente:

"1.	Bulldozer	82	Pereira	Henry Téllez	6.000	hora
"2.	Retroexcavadora	86	Pereira	Henry Téllez	13.000	hora
"6.	Volquetas	80	87	Dosquebradas	Rubén Serrano	
"2.	Vibradores	87	Dosquebradas	Libardo Salazar		
"1.	Vibrocompactad	84	Dosquebradas	Gustavo Osorio		
"2.	Mezcladoras	84	Dosquebradas	Gustavo Osorio		
"2.	Motobombas	87	Dosquebradas	Libardo Salazar		

SECCION TERCERA

(fl. 18, C. 2-A)".

Como se puede apreciar, el contratista favorecido con la adjudicación relacionaba maquinaria en mucho inferior a la del demandante. Pero es más: parte de ella pertenecía a éste.

El total del pasivo y capital de Gustavo Osorio y Libardo Salazar era de ciento ochenta y ocho millones setecientos veintitrés mil pesos (\$188.723.000), mientras que el del demandante montaba doscientos diecisiete millones quinientos treinta y un mil setecientos cincuenta y tres pesos (\$217.531.753.00).

Finalmente, llama la atención de la Sala la especial circunstancia de que en el cuadro en que el Comité Evaluador hace la evaluación técnica, en el que no figura el actor, porque fue rechazado *in limine*, se calificó la experiencia del Consorcio Gustavo Osorio - Libardo Salazar con uno (1), mientras que la de Gustavo H. Giraldo - Germán Torres S. con seis (6) y Pinski con doce (12). El puntaje total se registró así en el cuadro que obra el folio 56 del cuaderno número 3.

Gustavo Osorio - Libardo Salazar	18
Gustavo H. Giraldo- Germán Torres	24
Pinski	25

Dentro del marco anterior, el fallador se pregunta: ¿Qué llevó a la Junta a desconocer la realidad anterior para adjudicar al que tenía menos puntaje?

Para llegar a la conclusión de que la propuesta del doctor Henry Téllez sí era la mejor, desde todo punto de vista, la Sala ha valorado también la prueba testimonial que se recepcionó a lo largo del proceso. De ella tiene especial fuerza de convicción lo expuesto por los doctores Samuel Eduardo Salazar Echeverri, Gerente de la firma Conacon Ltda. y por el Ingeniero Civil doctor Carlos Alfredo Crosthwaite, quienes participaron en la licitación, pero no tienen reservas de ninguna naturaleza para destacar el universo que tenía la propuesta del demandante, como la mejor.

El primero, al relatar las distintas circunstancias del caso, destacó:

“Conozco al doctor Henry Téllez Toro hace unos veinte años, es un Ingeniero Civil de muy altas cualidades y calidades profesionales, quien ha ejecutado importantes obras para el sector público y privado en este Departamento y otros del país. En todos los contratos por él ejecutados ha cumplido a cabalidad y no conozco hasta la fecha incumplimientos de parte del Ingeniero Téllez. Como es obvio por su trayectoria, tiene una

amplia experiencia y posee la infraestructura necesaria en personal y equipos para atender las obras que se le encomienden, especialmente aquellas en las cuales ha sido calificado en los diferentes registros de contratistas, en los cuales figura, podría añadir que el equipo del doctor Téllez es el más completo que existe en Risaralda para obras que tengan que ver con grandes movimientos de tierra”.

“...Es completamente lógico y natural que como Gerente de la firma Conacon, me hubiera dirigido a las Empresas Públicas para solicitarle subsanar algo que se consideraba injusto, esto en su debido momento, antes de que se produjera la adjudicación definitiva de las obras. Posterior a esta adjudicación y hecha la evaluación de la propia situación de mi firma, consideré que existían otras en mejores condiciones para ya presentar una reclamación en forma diferente a una simple carta a la Junta de Empresas Públicas y por ello me abstuve de demandar la decisión de las Empresas y simplemente busqué un mecanismo que aclarara la situación real del proceso de esas licitaciones. Si no hubiera tenido dudas sobre la situación de mi propia firma, seguramente hubiera seguido actuando a nombre de la injusticia cometida contra nosotros mismos y en ningún momento hubiera acudido a sistema diferente a la demanda directa...” (cdno. No. 1B, fls. 21-26).

El segundo de los citados declarantes participó en las licitaciones que tenían por objeto la construcción del desarenador y el tanque de carga, obras que hacen parte de la construcción del nuevo sistema de acueducto de la ciudad de Pereira. Al destacar la bondad de la propuesta del doctor Henry Téllez, dijo:

“...Me pareció extraño que en el grupo correspondiente a la construcción de un tramo del canal y en la cual se presentaron varias ofertas y dentro de ellas, la oferta del Ingeniero Téllez, que en precio era la más económica, sin dejar de mencionar que por su experiencia, propiedad de equipo y solvencia económica estaba, no en igualdad de condiciones, podría estar por encima de los demás oferentes, por lo tanto me extrañó que dicha propuesta fuera rechazada por no haber sido presentado un supuesto documento pedido en los pliegos, pero que en ninguna parte decía cómo debía llenarse, o en qué condiciones debía presentarse” (C. 1B, fl. 30).

La realidad fáctica que se deja brevemente destacada llevó al Fiscal ante *el a quo* a consignar en su concepto de fondo:

“Desde luego, que la adjudicación que hizo la Gerencia de las Empresas Públicas de Pereira, de la Licitación Pública Nacional número 00-88-

SECCION TERCERA

AC01, en lo que hace referencia a la obra número 05 al Consorcio Libardo Salazar- Gustavo Osorio, por un valor de \$213.817.005.20, no resultó ser el procedimiento más ajustado a las normas legales que rigen este sistema de contratación, si se tiene en cuenta que la propuesta que presentó el doctor Téllez para la misma obra, resultaba para la empresa contratante mucho más favorable, desde todo punto de vista, pues acreditaba, una buena experiencia respecto a la calidad de la obra a ejecutarse, un plazo normal de ejecución, capacidad de contratación disponible, numeroso y completo equipo de trabajo, con talleres de su exclusiva propiedad, buen nombre profesional, social y comercial, idoneidad y experiencia de sus colaboradores. Requisitos éstos que frente a la firma favorecida, le merecían una calificación de excelente y por tanto con mayor opción para ser la elegida” (C. 1, fls. 242-243).

A la luz de todo lo que se deja expuesto no hay espacio para la duda que le impida al *ad quem* concluir que en la licitación para la construcción de la obra número 5 se excluyó la mejor propuesta, esto es, la del doctor Henry Téllez, sin causa, motivo o razón que sea de recibo, a la luz de la ley y el derecho, como pasa a explicarse;

c) Para la Sala resulta bien probado que los proponentes Consorcio López Hermanos Ingenieros Ltda, Humberto García, Consorcio Pavicol Ltda, Luis Fernando Potes C., Conacón y el Ingeniero Henry Téllez T., fueron eliminadas por el Comité Evaluador, con base en el concepto rendido por la Oficina Jurídica, a cargo del doctor Luis Manuel García de La Rosa, porque no anexaron a sus ofertas “...el programa actividades del personal. Punto 2.13.10...” (C. 3, fl. 9). Cuando en las sesiones de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira se consideró el asunto, se suscitaron serias discusiones sobre el universo jurídico y técnico de ese punto. ¿En qué consistía el llamado programa? Era fundamental o no? ¿Habrá sido claro el pleito al hacer esa exigencia? ¿Si se había cumplido con ese requisito por los proponentes eliminados? En las Actas Nos. 005 y 006-88 del citado organismo el Gerente de las Empresas Públicas dijo que “...cualquier persona sabe que esto significa una programación de tiempo y mano de obra o tiempo y personal...” “agregando que al respecto se habían presentado varias interpretaciones, pues por ejemplo Pavicol consideró que era suficiente con indicar que el personal a utilizar sería el que se necesite y que con ello se cumplía la exigencia, presentación que llevaba a los abogados a opinar que la respuesta era un chiste, porque igual de podría decir que el hierro a utilizar es el que se necesite o que el cemento es el que quepa;

Para el doctor Luis Manuel García de la Rosa, que fue escuchado por los integrantes de la directiva, el programa de personal resultaba muy importante porque se había determinado "...por la parte técnica conjuntamente con la jurídica que el programa de actividades del personal... incide en el estudio financiero y además la administración en un momento dado necesita estudiar cuál es el personal técnico o profesional que va a tener a su cargo: *en cualquier momento la administración queda maniatada para exigir que se emplee en las obras determinado número de profesionales o técnicos, ya que el contratista podría argumentar que él presentó su documentación y la administración no hizo requerimiento alguno por lo tanto es él quien va a ejecutar la obra y con el personal que él considere que debe ser y no lo considere la empresa; por ello y con el fin de llevar a cabo el cronograma de ejecución de la obra, la administración exige que se determine en qué momento se usará tal número de trabajadores o técnicos* (resaltado de la Sala).

Esta perspectiva de interpretación fue avalada en la misma sesión por el Gerente de las Empresas quien al intervenir dijo: "El programa de personal tiene gran importancia, pues define por ejemplo el personal profesional que va a estar asignado a la obra... este programa es la herramienta para que la interventoría exija el cumplimiento del compromiso del contratista, de tener en determinadas etapas de la obra, determinado personal, por ejemplo, determinado número de operarios o de ingenieros, etc, *de otra manera la administración no podría exigirle que mantenga personal calificado en el proyecto.*" (resaltado de la Sala).

Para el doctor Eduardo Rojas, "...*el programa de personal básicamente consiste en el cuadro donde aparece mes por mes la cantidad de personal a utilizar, ya que todo programa es una relación de cantidad y tiempo.*" (resaltado de la Sala).

Para el asesor jurídico consultado por la Junta, doctor Benjamín Botero Villegas, "...la importancia del 'programa personal' *que es el que le permite a las Empresas hacer al contratista las exigencias vistas, dentro del mínimo y el máximo de personal pactado en el contrato. Sin ese acto preestablecido le es imposible a las Empresas ejercitar esa facultad y esa vigilancia sobre el personal de trabajadores...*" (resaltado de la Sala) (C. 1-B, p. 179).

Para varios de los proponentes eliminados (Consortio Pavicol Ltda - Luis Fernando Potes C.) y para el demandante, el llamado Programa de Personal

SECCION TERCERA

sí se presentó dentro del marco que indicaba la costumbre. Esta afirmación llevó al doctor Téllez a dirigirse al señor Gerente de las Empresas Públicas de Pereira, en carta calendada el día 21 de julio de 1988, para ponerle de presente:

“Con programas similares de personal las Empresas Municipales me han adjudicado en dos ocasiones sendos contratos para la construcción del Colector Egoyá, obra que es idéntica a la número 5 de la licitación en referencia, siendo además esta obra más fácil de hacer porque se trabaja en campo abierto y en la construcción del Colector Egoyá tuve la dificultad de las calles estrechas con casas a lado y lado” (C. 1, fl. 16);

Es de observar, que en la discusión orientada a definir si los proponentes eliminados habían sido descartados con razón terció la Asociación de Ingenieros de Risaralda, que dirigió al Gerente de las Empresas Públicas, la carta de 25 de junio de 1988, en la cual y en lo pertinente, se lee:

“Estudiamos el hecho de no haber presentado la mayoría de los proponentes un documento denominado Programa Personal, del numeral 2.13 de los pliegos de condiciones. Se pudo establecer que la información que existía sobre la forma de presentar este documento era mínima y se prestaba al menos para confusión. En el volumen 11 de los pliegos de condiciones existían cuadros específicos para llenar de las otras partes del numeral citado como lo fueron el programa de utilización de equipos y el programa de actividades y *no lo había sobre el programa personal. Esto al parecer indujo a la mayoría de los proponentes a considerar que no se debía llenar un cuadro específico para este numeral, como no ha sido costumbre hacerlo para las demás licitaciones de las empresas y las que se abren en nuestra región en general;*

“Es nuestro criterio que para poder descalificar una firma por la falta de este documento se debía haber incluido una mayor información sobre lo que deseaban las empresas al respecto, ya que al parecer muchos de los participantes consideraron haber cumplido el requisito con la inclusión de un organigrama del personal que trabajaría en la obra (lo cual es un programa jerárquico de personal) y la inclusión de sus hojas de vida.

“Normalmente sobre los documentos que son esenciales presentar se incluye un formato especial para llenar, y en este caso no se hizo, ni se indicó en parte alguna de los pliegos cuáles eran las condiciones mínimas que se debían cumplir;

No existiendo así claridad al respecto, en honor a la equidad se debería o bien levantar la descalificación de las firmas que no presentaron este requisito si su valor en la evaluación de la propuesta y ejecución de los trabajos no era de consideración, o bien declarar desiertas las licitaciones correspondientes si este requisito era de gran peso en los trabajos por falta de información suficiente y necesaria (C. No. 1, fls. 29 y 30).

La presentación anterior fue defendida también por el doctor Luis Enrique Arango Jiménez, en carta que el día 22 de junio de 1988 dirigió al Comité Intergremial de Risaralda, que fue leída en la sesión de la Junta de las Empresas que tuvo lugar el día 27 de junio de 1988, en la cual se destaca que la forma tan imprecisa como se pidió el programa de personal dejaba “...en libertad a los proponentes de llenarlo según su leal saber y entender o dar por sentido que ya lo habían hecho en otra información que adjuntaban. Resultó de ello que algunos no lo presentaron y otros que sí lo hicieron no lograron llenar las aspiraciones de la comisión evaluadora”.

Para el *ad quem* resulta, de todo lo expuesto que la administración no fue clara al elaborar los pliegos, motivo por el cual las cláusulas confusas del mismo deben intepretarse en contra de quien elaboró la minuta del contrato de adhesión. En esta materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente número 3577, Actor: Nelson Roa, en la cual y en lo pertinente, se lee:

“...debe aceptarse que las cláusulas pobres o confusas que en tales piezas contractuales aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración, que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo de técnicos necesarios para hacer las cosas bien. El contratista, al fin y al cabo, llega a la contratación administrativa dominado por los poderes exorbitantes de la administración y haciéndole la venia a la filosofía que informa los contratos de adhesión. Al valorar la conducta de las partes, en el manejo del contrato, se impone indagar también si dadas las calidades que ellas detentan, habida consideración de su profesión u oficio, el error o desfase resulta excusable, pues a la negligencia *per se* no se le puede hacer producir dividendos de ninguna naturaleza”.

Tan cierto resulta que el pliego de condiciones no era claro, que el universo de la cláusula 2.13.10 dio lugar a las diferentes interpretaciones a que ya se hizo referencia. Inclusive fue necesario solicitar un concepto jurídico, de profesional especializado, para que conceptuara sobre su real alcance e importancia.

SECCION TERCERA

La misma directiva y el Gerente de las Empresas, al dar explicaciones sobre el temperamento de la citada exigencia, dieron el beneficio de la duda. Si los altos directivos no lograban ponerse de acuerdo sobre el particular, ¿por qué causa, motivo o razón se exigía a los proponentes que tuvieran la cabal comprensión del asunto?

d) La Sala no comparte la tesis defendida por el Asesor Jurídico doctor Luis Manuel García de La Rosa, finalmente acogido por la Gerencia y la Junta Directiva del Centro de Computación Jurídica demandado, cuando destacaron que el Programa de Personal era un requisito sustancial y determinante (C. 8, fls. 16 y 24). El mismo doctor Benjamín Botero Villegas, asesor jurídico consultado sobre el particular, en uno de los apartes de su concepto afirma:

“Siendo esto así, está llamada a triunfar la tesis de que el rubro ‘programa personal’ *no tiene la suficiente jerarquía para que su omisión logre invalidar la propuesta, ya que todas las obligaciones laborales con este personal corren a cargo del contratista.* Pero hay algo que sí interesa en grado sumo a las Empresas, y es que ‘las obras se ejecuten en forma técnica y eficiente y dentro del plazo acordado en el contrato’. Y para el efecto el rubro que estamos comentando (3.30) les da facultad para ‘solicitar al contratista la remoción de cualquier trabajador de las obras’ y para ‘requerir al contratista para el aumento de personal, de equipo de tiempo de trabajo diario, cuando la buena marcha de la obra lo requiere’”.

También en la junta directiva se oyeron voces en el mismo sentido. Acaso la doctora Amparo María Aguirre no destacó que “el programa de mano de obra no es esencial...”? El doctor Norman Duque, al ocuparse del asunto, acaso no acotó: “...de pronto parezca innecesaria la exigencia del programa de personal... un proponente para saber costos y presentar la licitación tuvo que tener en cuenta el personal a utilizar, el tiempo de uso y el valor del mismo, *por lo tanto el cuadro del programa es una conclusión del mismo estudio.*

Consideró que hacer el cuadro no tenía ninguna dificultad”.

Fue una lástima que la directiva no reflexionara con más detenimiento sobre el alcance de la intervención del doctor Javier Ignacio Ramírez cuando en la sesión de la Directiva (Acta No. 005-88) discurió dentro del siguiente perfil:

“...pero en el caso de Ciro Medina que se elimina por no presentar el programa de personal, debe mirarse el cuadro que al respecto presenta la firma que se recomienda favorecer, *y puede verse que es algo ridículo*

porque no aporta nada valioso, ni trascendental, ni definitivo ni para la interventoría, ni para quien adjudica; ese documento es absolutamente intrascendente para criterio de adjudicación; otra cosa sería que hubo error al momento de redactar los pliegos”.

Y se predica que el citado documento no era requisito sustancial, porque en el Pliego de Condiciones no se destacó esta faceta, ni se demandaron mayores explicaciones sobre el particular. Por ello la señora Personera al opinar sobre la materia ante la directiva, dijo: “...un programa de actividades, y otro programa de actividades de personal y si se presenta un cronograma de la obra que es un programa de actividades donde figura el personal a emplear, entonces hasta qué punto es importante el Programa de Personal, si ya está incluido en el otro””. Pero es más. Si la importancia del citado programa estriba en las razones que expuso ante la directiva el doctor Luis Manuel García de la Rosa, que en antes se destacaron, ellas resultan desfasadas e inaceptables. La tesis de que la administración quedaría maniatada para exigir que se emplee en las obras determinado número de profesionales o técnicos, y que el contratista podría argumentar que “...él presentó su documentación y la administración no hizo requerimiento alguno...”, o la que expuso el señor Gerente, en el sentido de que ese programa es la herramienta para que la interventoría exija el cumplimiento del compromiso del contratista, pues de otra manera no se le podría exigir que mantenga personal calificado en el proyecto, no dejan de ser argumentos de fachada, pero sin respaldo jurídico alguno. Quienes así razonaron olvidaron que la administración tiene, en todo momento, el régimen particular de *control y dirección sobre la forma como el cocontratante cumple las obligaciones a su cargo*. Por ello tratadistas como Miguel Ángel Bercáitz, enseñan:

“La administración no puede desentenderse entonces con respecto a la forma en que su colaborador, a quien mueve únicamente un interés privado, cumple el servicio, ejecuta la obra, o realiza el suministro. Ella delega en su colaborador la ejecución del servicio, la obra, etc..

“Pero no se desliga, no se desvincula, ni del servicio, ni de la obra, ni del suministro... Como ha dicho León Blum, ‘El Estado sigue garantizando la ejecución del servicio frente a la universalidad de los ciudadanos. Continúa siendo responsable de la seguridad pública que una ejecución inhábil del servicio pueda comprometer’”.

“Asume entonces en la ejecución del contrato, para salvaguardar el interés público comprometido, un papel activo, dinámico, que se traduce en un poder, más que en un derecho, de control y dirección. Decimos

SECCION TERCERA

poder, más que derecho, porque desborda los límites dentro de los cuales, en el contrato privado, cada parte puede vigilar la forma en que la contraria cumple o ejecuta las prestaciones a su cargo.

“Es un poder exorbitante del derecho privado, del derecho común, porque la Administración debe, *por sobre todas las cosas*, asegurar de manera general, regular, continua y uniforme la prestación de los servicios públicos o la satisfacción de las necesidades colectivas.

“Existe, por tanto, *aun en caso de silencio del contrato y aún a pesar de cualquier cláusula que establezca lo contrario: es un poder, una atribución, no un derecho o una facultad renunciable.*

“El cocontratante debe cumplir las órdenes que le imparta la administración pública relativas al modo en que ejecutará las prestaciones que el contrato le impone, aún cuando introduzca modificaciones en lo convenido, quedándole siempre a salvo el derecho a reclamar las indemnizaciones que correspondan a la rescisión del contrato...” (Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª Edición. De Palma, pp. 366 y ss.) (Resaltado de la Sala).

Dentro del anterior marco doctrinario se impone concluir que los esfuerzos que el doctor Luis Manuel García de la Rosa y el Gerente de las Empresas hicieron para destacar la importancia del Programa de Personal, pecaron por dejar de lado la filosofía jurídica que se deja expuesta. Las Empresas Públicas de Pereira, con Programa de Personal o sin él, no podían perder, en ningún momento, el poder de control y dirección de la obra. La Interventoría de la obra tampoco quedaba amarrada por una cláusula que tuviera el universo conceptual que destacaron el asesor jurídico y el señor Gerente.

Es posible, y la Sala lo acepta, que los licitantes pudieron incurrir en ligeras transgresiones, en pequeñas fallas, en el campo de la precisión conceptual o programática. Pero ellas, como lo enseña el Profesor Jesús González Pérez, no pueden llevar a la conclusión de que se incumplió con el deber jurídico. “Siempre que lo que realmente falte para realizar el cumplimiento de la totalidad de la prestación sea mínimo, no es congruente con la buena fe optar por la resolución” (El principio de la buena fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, p. 113).

Todo lo expuesto lleva a la Corporación a reiterar la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 19 de febrero de 1987, Expediente No. 4694, actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia S.A. Socovig, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, en la cual se lee:

“...Así las cosas, un manejo del asunto con la lógica de lo razonable, ha debido permitir al licitante concluir que el aspecto que se invocó como apartamiento del pliego de condiciones no era sustancial, ni determinante, sino de simple trámite o espera corta en el tiempo, circunstancias todas que han debido llevarlo a no concluir con la rigidez con que lo hizo, que la propuesta de Socovig no cumplía con los requisitos enlistados en el mismo. En esta materia la doctrina se inclina por un manejo flexible de las situaciones para no hacer nugatorio el derecho que tiene a la adjudicación quien ha presentado una buena oferta, sólo cuestionable por simples detalles. Esto explica que Eduardo García de Enterría enseñe sobre el particular: “...hay que tener presente, sin embargo, como ha observado la sentencia de 22 de noviembre de 1973 que ‘no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida...’” (Concurso (sic) de Derecho Administrativo, Tomo I. Cuarta Edición. Civitas, p. 657). Con la misma filosofía discurre Enrique Sayagüez Laso quien en su obra Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, Cuarta Edición, pág. 564, predica:

“Pero si el apartamiento del pliego fuera sólo en cuestiones de detalle, la oferta podría ser considerada.” “La cita que el apoderado de la parte actora hace del pensamiento de este mismo tratadista, tomada de su obra la Licitación Pública, también es de recibo pues sirve para integrar la valoración jurídica del caso. En ella se anota:

“‘Las cláusulas del pliego de condiciones constituyen normas de interés general y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la propia administración (supra No. 72). Es este un principio fundamental de este instituto (Supra No. 43).

“‘Por esa causa, los licitantes, al redactar sus propuestas, pondrán de su parte el mayor cuidado en excluir todo aquello que se separe de lo establecido en el pliego. Si así no lo hicieran, si no respetasen íntegramente las cláusulas del pliego, sus ofertas no podrían ser consideradas, resolviéndose la adjudicación en función exclusiva de las que estuviesen en condiciones.

“‘Claro está que si se aplicara este criterio en forma absolutamente estricta, en infinidad de casos habría que rechazar la mayoría y quizás la totalidad de las propuestas, porque en algún detalle no han aceptado las exigencias del pliego, que cumplen debidamente en todo lo demás. Y esto

SECCION TERCERA

ocurre con tanta más frecuencia cuando más analítico es el pliego de condiciones (Supra No. 74) (Resaltado de la Sala).

“Por eso admítase que cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es sólo en cuestiones de detalle, sin trascendencia, respétanse el pliego el todo los demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconveniente para que, si está en primer término, se le declare adjudicatario. Habría, sí, alguna pequeña irregularidad en la adjudicación; pero como es insignificante, de poca importancia, no dará lugar, consecuente con el criterio general sobre el punto (infra No. 105) a nulidad alguna’.

“Dentro del mismo marco de comprensión jurídica el procurador judicial de la parte demandante recuerda que, también José Roberto Dromi afirma: ‘Los meros defectos formales que no afecten sustancialmente la validez de la oferta, no provocan su rechazo. Es más, el licitante puede emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo ... de rechazo o desestimación (sic)’ (La Licitación Pública. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 345)” (Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre 1987, Volumen I, pp. 846 a 847).

e) Para darle mayor fuerza de convicción a la presente sentencia el *ad quem* desea destacar que, a su juicio, el demandante sí anexó a su propuesta el Programa de Actividades de Personal. Acaso no aparece en ella un organigrama (C. 2, fl. 15), en el cual se registra que la organización cuenta para llevar a cabo los trabajos con un gerente, un ingeniero director de obra, un ingeniero residente, un mensajero, una secretaria, un topógrafo, un jefe de maquinaria, auxiliares de maquinaria, operarios de maquinaria, ayudantes, entrando luego en detalles orientados a precisar:

“Gerente: Ingeniero Henry Téllez Toro

Ing. Director de la obra: Henry Téllez Toro

Residente: Ing. Nicolás Quintero

Secretaria: Rosa Elena Calimán

Mensajero: David Posada

Jefe de Maquinaria: Josué Galindo

Mecánicos: Josué Galindo, Humberto Velásquez, Julio Pulgarín, Iván Toro.

Auxiliares de Maquinaria: Jorge Torres, Jairo Gómez, Benigno Arias, Jairo Salazar.

Operarios de Maquinaria: Alberto Castaño, Delio Cardona, Jesús López, Bernardo Arcila, Gildardo Triana, José Muñoz, Jhony Correa, Alberto Franco”.

A todo lo anterior se agrega que al folio 16 de la propuesta, y bajo el rubro “Organización y método de trabajo”, se anuncia:

“La obra la he programado para realizarla con el siguiente personal: Un ing. Director de la obra, un Ingeniero Residente, un Jefe de Maquinaria, una Comisión de Topografía, Operario de Maquinaria, Ayudantes de Maquinaria, Almacenistas, Celadores, Maestros de Obra, Mineros, Oficiales y Ayudantes... Todas las actividades están programadas para realizarlas en un plazo total de once (11) meses”.

En este momento del discurso, se pregunta el fallador: ¿Con esos elementos de valoración era muy difícil seguirle el curso a la obra? Si ella se tenía que ejecutar en once (11) meses y la administración vivenciaba que los trabajos no marchaban con la celeridad requerida, ¿no podía exigir que se aumentara el personal o el equipo?

¿Acaso no podía hacer uso del poder exorbitante de imponer sanciones?

¿Acaso la experiencia profesional del doctor Téllez Toro tanto con el Departamento de Risaralda como con el Municipio de Pereira no era ya una buena garantía de seriedad?

En la interpretación de la conducta humana, que como reiteradamente lo ha dicho la Sala, suele tener más importancia que la de la propia ley, llama la atención al fallador la especial circunstancia de que como lo recordó el Gerente de las Empresas en la sesión de la Junta Directiva, se hubiese extraviado “...la propuesta original de Téllez, cuando estábamos en la última sesión de Junta...” y que el programa de personal tampoco apareciera en las copias. ¿Infortunio? ¿Mala Suerte? ¿Conspiración contra el excelente ingeniero? Interrogantes que quedan sin resolver pero que siembran el camino de la licitación de serias dudas. Las mismas que quedaron en la conciencia del pueblo pereirano, en la prensa local, en los círculos profesionales de la ingeniería, en la pluma del doctor Fernando Agudelo Velasco, Presidente del Comité Intergremial de Risaralda. Todo indica que la problemática no quedó resuelta ni siquiera en el desayuno de que habla este último profesional en el artículo que obra al folio 12 del Cuaderno número 1. Tampoco se conoce ni el nombre ni el universo de la razón que envió “...un Senador que según entiendo habló con el Ministro de Obras Públicas...””, según palabras textuales del señor Rodrigo González, pronunciadas en una de las sesiones de la Junta (Acta 006-88). La misma

SECCION TERCERA

necesidad que tuvo la directiva de convocar ruedas de prensa para explicar su conducta, el interés en ampliar la comisión para tal fin, la reunión misma del Gerente de las Empresas con el Ingeniero Alvaro Millán, antes de hacerse la adjudicación, en la cual "...le mostró el procedimiento adelantado, las diferentes propuestas y se presentaron varias alternativas a explorar, una de ellas... la de declarar desierta una de las dos obras analizadas hoy, o sea la obra 3 o la obra 5 de la Licitación 009...", dejan un sabor amargo, un desasosiego, una preocupación sobre la seriedad misma con que se adelantó todo el proceso de licitación.

Finalmente, la Sala vivencia que en la propuesta del consorcio Gustavo Osorio-Libardo Salazar, beneficiarios con la adjudicación, no hay un Programa de Personal que vaya mucho más allá del presentado por el demandante. En efecto, al folio 11 de la oferta del primero aparece un organigrama menos completo que el del doctor Téllez, pues este relaciona los cargos y suministra los nombres de las personas que van a trabajar en la obra, circunstancia que no aparece en la propuesta del consorcio con el cual se firmó el contrato. Por todo ello resulta inusitado, inaceptable, que la comunidad haya tenido que pagar treinta y seis millones seiscientos cuarenta y dos mil novecientos seis pesos con veinte centavos de más (\$36.642.906.20) por no haberse dado gusto a la Oficina Jurídica, por no haberle rendido culto al formalismo, al inciso, al párrafo, como si aspectos de tan poca monta pudieran tener tan onerosas consecuencias.

f) Habida consideración de la importancia que tanto la Junta Directiva, como la Gerencia de las Empresas Públicas de Pereira y también el Comité Evaluador, integrado por los Ingenieros Eduardo Rojas González, Francisco Javier Vinasco y Carlos Guarín Escudero, le dieron al concepto emitido por la Oficina Jurídica que para el doctor Luis Manuel García de la Rosa era, en este caso, obligatorio, y para el Gerente inapelable, la Sala desea dejar muy en claro que ningún órgano asesor del encargado de hacer la adjudicación puede dar conceptos que tengan ese universo, ni que puedan calificarse de inapelables, pues transitando por esa vía se sustituye al competente para que decida el que no lo es. Los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos. Así como se ha dicho que la guerra es muy delicada para dejarla sólo en manos de los militares, también la contratación administrativa es muy exigente y complicada como para que respecto de ella decidan sólo los abogados o los ingenieros. La elección de la oferta más ventajosa debe ser hecha por el órgano competente, sin que con ello se quiera significar que éste no pueda también incurrir en error. Pero en esta eventualidad

al menos puede predicarse que el que tenía la responsabilidad la asumió. La tarea de adjudicar el contrato es delicada y sólo debe agotarse cuando se ha hecho una valoración ponderada y seria de todas las circunstancias, esto es, cuando se ha oído la perspectiva jurídica, la técnica, la económica, etc. Todas a una como en fuente ovejuna. En ningún caso, como lo enseña el Profesor José Roberto Dromi, debe ponerse en marcha un proceso arbitrario "...lesivo de los derechos e intereses de oferentes y terceros. La decisión de adjudicación es discrecional en tanto puede optarse por una variedad de alternativas señaladas como marco decisional pero ella debe ser siempre *razonable, fundada y motivada*. Entre esas alternativas figuran la posibilidad de adjudicar la licitación a tal o cual oferta, o el rechazo de todas ellas por inconvenientes, pero siempre actuando conforme a *un debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobado, verificando y juzgando los motivos causantes de la decisión*" " La Licitación Pública. Editorial Astrea, 1985, p. 402) (Resaltado de la Sala).

Estos parámetros de conducta son los que la Sala vivencia que no se pusieron en marcha en el caso *sub examine*, pues el concepto jurídico sacó del juego *ab initio*, a varios de los proponentes. A tal punto llegaron las exageraciones que en la sesión de la directiva que tuvo lugar el día veinte de junio de 1988 (Acta No. 005-88), el doctor Luis Guillermo Vélez anotó que "...se está registrando el hecho de que quien adjudica no es la Junta Directiva ni el Gerente, sino la Oficina Jurídica ya que su concepto tiene más poder que la Junta Directiva, el Gerente o el Alcalde... la descalificación de una propuesta debe ser a criterio de un Comité Evaluador, con el fin de evitar que se eliminen propuestas por aspectos triviales, a pesar de ser magníficas para una obra por su contenido económico y técnico" (C. 8, fl. 62). Esta última perspectiva no la hace suya la Sala, pues como ya se dijo, la descalificación debe ser hecha por el órgano que debe hacer la adjudicación, por nadie más.

g) Reiteradamente ha dicho la Sala que si la administración hace la adjudicación a quien no presentó la mejor propuesta, el afectado tiene interés jurídico e interés real para demandar el pago de los perjuicios que con tal conducta antijurídica se le hayan causado. Esa posición jurisprudencial se mantiene ahora, verdad jurídica que explica el alcance de la condena que se hará en contra del centro de imputación jurídica demandado.

Como en la oferta del doctor Henry Téllez Toro éste fijó el monto de sus utilidades en un cinco por ciento (5%), se partirá de este porcentaje para hacer la liquidación de los perjuicios.

SECCION TERCERA

Como el monto de la propuesta fue de ciento setenta y siete millones ciento setenta y cuatro mil noventa y nueve pesos (\$177.174.099.00), la utilidad que ha debido obtener el demandante habría sido de ocho millones ochocientos cincuenta y ocho mil setecientos cuatro pesos con 95/100 (\$8.858.704.95). Como de acuerdo con el número 3.6 del pliego, el proponente favorecido debería firmar el contrato dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se comuniquen la adjudicación, se toma como fecha en este particular la del 28 de agosto de 1988, cuando se notificó la Resolución número 1425 por medio de la cual se adjudicó el contrato. Este, por lo tanto, ha debido estar suscrito para el día 28 de agosto de 1988 y terminado el 28 de julio de 1989, momento en el cual el doctor Henry Téllez Toro habría terminado la obra que presupuestó ejecutar en un término de once (11) meses. Por tal motivo, la suma ya indicada de ocho millones ochocientos cincuenta y ocho mil setecientos cuatro pesos con 95/100 (\$8.858.704.95), se considera debida desde esta última fecha.

Tal como fue pedido, se actualizará este monto por el período comprendido entre el 29 de julio de 1989 y el 28 de febrero de 1993, tomando en cuenta los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República, que para el fallador son un hecho notorio.

Sobre el monto histórico de ocho millones ochocientos cincuenta y ocho mil setecientos cuatro pesos con noventa y cinco centavos (\$8.858.704.95), se reconoce un interés técnico del seis por ciento (6%) anual, habiendo tenido el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

Dentro del marco anterior el monto de la condena es el siguiente:

Utilidades dejadas de percibir, debidamente actualizadas:

$$-V_h = \$8.858.704.95$$

Indice final (28 de febrero/93)

$$V_p = V_h \frac{\text{Indice final (28 de febrero/93)}}{\text{Indice inicial (29 de julio/89)}}$$

Indice inicial (29 de julio/89)

$$8.249.60$$

$$V_p = \$8.858.704.95 \frac{8.249.60}{5.974.70}$$

$$5.974.70$$

$$V_p = \$12.231.705.75$$

Intereses del seis por ciento (6%) anual, sobre el monto histórico de ocho millones ochocientos cincuenta y ocho mil setecientos cuatro pesos con noventa y cinco centavos (\$8.858.704.95).

- \$1.904.621.56

Suma total a pagar por concepto de utilidades dejadas de percibir e intereses catorce millones ciento treinta y seis mil trescientos veintisiete pesos con treinta y un centavos (\$14.136.327.31).

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

FALLA:

Primero: *Revócase* la sentencia calendada el día veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar,

RESUELVE:

A) Anúlase la Resolución número 1425 de 25 de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), pero sólo en cuanto adjudicó la obra número cinco (5) para la construcción del Canal de Conducción entre el K2 + 570 y el K3 + 470 al Consorcio Gustavo Osorio-Libardo Salazar, por las razones dadas a lo largo del presente proveído;

b) Como consecuencia de la declaratoria anterior se condena a las Empresas Públicas de Pereira, a pagar al doctor Henry Téllez Toro, la suma de catorce millones ciento treinta y seis mil trescientos veintisiete pesos con 31/100 (\$14.136.327.31), por concepto de los perjuicios que se le causaron al no adjudicarle el contrato para la construcción de la obra ya indicada, no obstante que la suya era la mejor propuesta;

c) Decláranse no probadas las excepciones propuestas;

d) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda;

e) Al presente fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C. Contencioso Administrativo. Para tal fin se expedirán las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

Segundo: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

SECCION TERCERA

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ABOGACIA/PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA/HONORARIOS

La dura censura que el apoderado de los demandantes hace, no se compadece con el respeto debido al principio de independencia en virtud del cual el cliente no tiene por qué interferir con el fin de desviar o distorsionar la atención del proceso por parte del profesional del derecho que ha seleccionado. De la misma manera que el paciente no tiene por qué darle cartilla al médico, sobre la mejor forma de atender a su curación, el cliente tampoco puede ni debe definir aspectos tan esenciales como cuál es la acción que se debe instaurar, o la prueba que se puede pedir, ni mucho menos sugerir que se oculte la que no se considera conveniente para la defensa de sus intereses. La magistratura no puede patrocinar ni bendecir la competencia entre profesionales libres, ejercida con sistemas incorrectos, que se concreta en una desviación de clientela semejante a la que tiene lugar en el sector económico, provocada por comportamientos incorrectos y maliciosos, con son los de levantar dudas sobre la capacidad profesional del colega, o peor aún, arrojando descrédito sobre él, ora en relación con su conducta moral, ora con sus calidades profesionales. La rapiña profesional no puede tener vía libre porque no tiene fundamento ético.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Ref.: Expediente número 6822.

Demandado: Instituto de Crédito Territorial (Hoy Inurbe).

Actora: Sociedad Suramericana de Construcciones.

En escrito presentado el día quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), los representantes judiciales de las firmas Suramericana

SECCION TERCERA

de Construcciones S.A., y Edificadora Convivienda Ideas en Concreto S.A., comunicaron a la Corporación que revocaban el mandato que le habían conferido al doctor Carlos Galindo Pinilla para que las representara dentro del proceso del rubro. Como consecuencia de esta determinación impetraron, igualmente, que se procediera "...a liquidar los honorarios profesionales del doctor Galindo Pinilla, de acuerdo con su actuación en este proceso y teniendo en cuenta las razones que exponremos en el momento procesal indicado" (C. del Incidente, p. 17). Estas se puntualizaron en escrito presentado el día treinta (30) de octubre de 1992 (C. Incidente, fl. 18), en el cual y en lo pertinente se destaca:

"1º Se solicitó el Incidente de Regulación de honorarios en este proceso, en favor del doctor Carlos Galindo Pinilla, en virtud a que la sociedad actora fue gravemente lesionada patrimonialmente, 'por no haber obrado el mandatario con la celosa diligencia y especial cuidado que exige un negocio de la magnitud e importancia de éste, no sólo por la magnitud económica sino por la trascendencia que tenía para el resultado de la *litis* haberse probado debidamente':

a) La ejecución de las obras;

b) El valor de las mismas, para poder cobrar a la entidad que se había enriquecido incausadamente.

"2º Que como consecuencia de lo anterior y por razones de justicia y simple equidad, *no debe pagar* los honorarios que se habían convenido inicialmente porque el perjuicio económico sufrido por la actora fue consecuencia directa de los errores cometidos inexplicablemente en el dictamen pericial -practicado en la Primera Instancia-, y pieza fundamental para demostrar el valor de las obras ejecutadas y cuya *corrección, y enmienda* no fue solicitada en la oportunidad procesal por el apoderado de la actora, a tal punto que el fallador de Segunda Instancia *no tuvo en cuenta el dictamen rendido dentro del proceso (C.4-143) porque los errores cometidos en dicho trabajo le restaron fuerza probatoria*, como se lee a folios 253 y 254 del C.1 y folios 43 y 44 de la Sentencia".

Tramitado el incidente de que trata el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, procede la Sala a fijar el monto de los honorarios dentro del marco señalado por la misma norma, para lo cual se,

CONSIDERA:

A) A lo largo del proceso, que se inició el día 3 de marzo de 1986 y culminó con la sentencia de condena calendada el día 10 de septiembre de

1992, la Sala vivencia que el doctor Carlos Galindo Pinilla atendió el proceso desde su inicio hasta su culminación, a *ciencia y conciencia*, principio marco, porque en su ámbito confluyen todos los comportamientos del profesional.

La demanda, los alegatos y el universo de la prueba decretada y practicada a petición suya, para la mejor defensa de su patrocinado, no registra vacíos o lagunas que pudieran llevar a concluir que en algún momento del proceso fue negligente. Demandó bien y alegó bien. Defendió con fuerza de convicción la filosofía que informa *el enriquecimiento sin causa*, y dentro de esa perspectiva sacó adelante las pretensiones del actor. En todo momento cuidó el interés individual de su cliente, sin olvidar que el litigio se debe adelantar con la filosofía que informa la *función social* desarrollada por la profesión. Por todo lo anterior bien puede predicarse que el citado profesional del derecho actuó, en todo momento, con una conciencia profesional muy afinada. No siempre se litiga ante las altas corporaciones con la pureza del lenguaje y la claridad jurídica que se desprende de todos los escritos que obran dentro del proceso. Por todo lo anterior, la sala no patrocina las censuras que el apoderado de las firmas demandantes hace en el escrito que obra al folio 18 del cuaderno del incidente. Que el sentenciador hubiese valorado una prueba con mayor universo que otra, no es censura para el abogado, que en su bella tarea como colaborador en la administración de justicia tiene sólo el deber de tratar de que la norma jurídica abstracta se aplique a la realidad fáctica pero respetando los límites establecidos por los *principios, los intereses y los valores* consagrados en el sistema "...para la salvaguarda y la defensa de los derechos del hombre y la restauración del orden jurídico quebrantado o que se trata de quebrantar...", como lo recuerda bien el profesor Carlos Lega, en su obra deontología de la Profesión de Abogado (Editorial Civitas S.A., p. 51).

La dura censura que el apoderado de los demandantes hace, en el escrito ya citado, no se compadece con el respeto debido al *principio de independencia* en virtud del cual es cliente no tiene por qué interferir con el fin de *desviar o distorsionar* la atención del proceso por parte del profesional del derecho que ha seleccionado. De la misma manera que el paciente no tiene por qué darle cartilla al médico, sobre la mejor forma de atender a su curación, el cliente tampoco puede ni debe definir aspectos tan esenciales como cuál es la acción que se debe instaurar, o la prueba que se puede pedir, ni mucho menos sugerir que se oculte la que no se considera conveniente para la defensa de sus intereses. Por ello enseña el jurista en antes citado: "Todo intento de violación de la independencia de la profesión compromete su misma función social" (Obra citada, p. 77).

SECCION TERCERA

La magistratura no puede patrocinar ni bendecir la competencia entre profesionales libres, ejercida con sistemas incorrectos, que se concreta en una *desviación de clientela*, semejante a la que tiene lugar en el sector económico, provocada por comportamientos incorrectos y maliciosos, como con son los de levantar dudas sobre la capacidad profesional del colega, o peor aún, arrojando descrédito sobre él, ora en relación con su conducta moral, ora con sus calidades profesionales. La Rapiña profesional no puede tener vía libre porque no tiene fundamento ético. Por ello se enseña que no hay posible abogado, ni mucho menos jurista, sin refinamiento espiritual.

b) Por lo que hace relación con el monto de los honorarios profesionales la Sala encuentra que el día 22 de noviembre de 1985 los doctores Carlos Galindo Pinilla y Héctor Mario Galindo Pinilla, dirigieron al doctor Joaquín Merchán Zárate, Gerente General de la sociedad Suramericana de Construcciones S.A., la carta que obra el folio 11 en la cual, y en lo pertinente, se lee:

“1. El proceso lo adelantaremos en el entendido de que los honorarios profesionales correspondientes se fijan como iguales a un 20%, tomando éste de las sumas totales que el Instituto de Crédito resulte obligada a pagarle a ustedes, conforme a la sentencia o sentencias correspondientes.

“2. Todos los gastos del proceso correrán a cargo de Suramericana de Construcciones, para lo cual se obligarían a suministrar, oportunamente, los recursos que sean necesarios.

“3. Cualquier suma que llegare a señalarse por los falladores a título de costos y costas del proceso, serán para los abogados.

“4. En el supuesto de que ustedes resulten condenados, en cualquiera de las instancias o pagar algunas cantidades de dinero, Suramericana de Construcciones asumirá exclusivamente el pago de esos valores sin que resulte obligación alguna a cargo de los abogados por este concepto.

“En el supuesto de que ustedes estén de acuerdo con la anterior propuesta inmediatamente le enviaremos el poder correspondiente para su firma, indicándoles simultáneamente y en cualquier oportunidad, los documentos que resulten necesarios para aportarlos al proceso” (fls. 11 a 12, C.1).

En respuesta a la anterior comunicación del doctor Joaquín Merchán Zárate, Gerente general de la firma Suramericana de Construcciones S.A., dirigió a los citados profesionales del derecho la nota SG-496 de tres (3) de diciembre de 1985, en la cual les manifiesta:

“Me es grato dar respuesta a su comunicación del 22 de noviembre pasado, para manifestarles nuestro acuerdo con todo el texto de dicha propuesta. Por lo tanto mucho agradecería a ustedes se sirvan hacerme llegar el poder y la relación de los documentos que sean necesarios para la iniciación, lo más pronto posible de la acción contenciosa administrativa contra el I. C. T.

“Renuevo a ustedes nuestros agradecimientos por haber aceptado la representación de nuestra compañía en este proceso” (fl. 13, cdno. No. 1).

Dentro del marco anterior, la Sala liquidará el monto de los honorarios tomando en consideración el veinte por ciento (20%) de la suma total de la condena que el Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe), deberá pagar a la firma demandante. Como la misma monta cuatrocientos veinte millones cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos cuarenta pesos con treinta y ocho centavos (\$420.479.840.38), los honorarios que las sociedades Suramericana de Construcción S.A., y *Edificadora Convivienda Ideas en Concreto S.A.*, deben pagar a los doctores Carlos Galindo Pinilla y Héctor Mario Galindo Pinilla son ochenta y cuatro millones noventa y cinco mil novecientos sesenta y ocho pesos con setenta y seis centavos (\$84.095.968.76), que deben ser cubiertos en el mismo momento en que el Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe), satisfaga el monto de la condena que se le impuso.

c) Como dentro del informativo obran las comunicaciones visibles a folios 35 y 38, se dispondrá que copias de esta providencia se envíen a los jueces Primero Laboral del Circuito de Bogotá y diecisiete (17) Civil del Circuito, también de Santafé de Bogotá, para los fines a que haya lugar.

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

RESUELVE:

Primero. *Fijase* en la suma de ochenta y cuatro millones noventa y cinco mil novecientos sesenta y ocho pesos con setenta y seis centavos (\$84.095.968.76), el monto de los honorarios que las firmas demandantes Suramericana de Construcciones S.A y Edificadora Convivienda Ideas en Concreto S.A., deben pagar a los doctores Carlos Galindo Pinilla y Héctor Mario Galindo Pinilla, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

Segundo. La suma anterior deberá ser cubierta en el momento en que el Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe), satisfaga el monto de la condena

SECCION TERCERA

que se le impuso en sentencia calendada el día diez (10) de septiembre de 1992;

Tercero. Expídanse las copias de esta providencia con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo;

Cuarto. Enviense sendas copias de este proveído a los Jueces Primero Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá y diecisiete (17) Civil del Circuito, también de Santafé de Bogotá.

Cópiese y notifíquese.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO / ACTIVIDAD PELIGROSA / CULPA DE LA VICTIMA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

El conductor de vehículo oficial hizo el pare, pero al arrancar nuevamente, no se percató de que el ciudadano atravesaba la vía. A la actividad de la víctima no se la puede considerar como la causa exclusiva del daño, pues el demandado estaba ejerciendo una actividad peligrosa y la víctima no. Pero la conducta de ésta resulta a todas luces culposa, pues teniendo la prelación el vehículo, y no existiendo zona demarca como peatonal, no ha debido transitar tan pegado al mismo. Resulta bien difícil aceptar que cuando el daño se produce por la explotación de una actividad peligrosa, la culpa sea exclusiva de la víctima. Para la Sala esa posibilidad debe descartarse completamente.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA / CONTRATO DE COMODATO / LEGITIMACION POR PASIVA

Son solidariamente responsables del pago del daño, el departamento, dueño del bien, y el municipio que lo había recibido en Comodato. La cláusula que se recoge en este último acto jurídico, y que exime de responsabilidad al primer centro de imputación jurídica, por los daños causados a terceros, no es oponible a éstos. El municipio resulta responsable porque en el momento de ocurrir la tragedia tenía el poder del control. El departamento también lo es, porque para el sentenciador el comentario no tenía, en puridad de verdad, un poder independiente de la voluntad del propietario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

SECCION TERCERA

Ref.: Expediente número 7271.

Demandado: Departamento de Risaralda y Municipio de Santa Rosa en Cabal.

Actores: Mariela Mesa López y otros.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora contra la sentencia calendada el día trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

“Los ciudadanos Mariela Mesa López, Gilda Inés, Germán, Luz Mary, Alberto, Gloria Patricia, Rubén Darío, Jaime y Raúl Marín Mesa (hijos), Elisa Buitrago de Marín (madre), Javier, Jorge Guillermo, Luis Hernán, Nelson, Humberto Emilio Marín Buitrago, María Emelia Marín de Lozano, Ceneida Marín de Bedoya, María Esned Marín de López e Ismenia Marín de Vargas (hermanos), por conducto de apoderado, formularon demanda de reparación directa contra el Departamento de Risaralda y el Municipio de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, con el fin de que respondan solidariamente por la muerte del señor José Marín Buitrago, acontecida en ese municipio el 7 de noviembre de 1989, en la calle 15 con carrera 15, en accidente de tránsito protagonizado por la volqueta identificada con placas OV-4528, propiedad del Departamento de Risaralda, conducida por el señor Ignacio González Valencia, empleado del Municipio de Santa Rosa de Cabal”.

“En la demanda se solicitó hacer las siguientes declaraciones y condenas:

“Declárase al Departamento de Risaralda y al Municipio de Santa Rosa de Cabal solidariamente responsables de la muerte del señor Raúl Marín Buitrago y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios causados a los demandantes”.

“Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes condenas:

“1º Por perjuicios morales condénase al Departamento de Risaralda y al Municipio de Santa Rosa de Cabal a pagar a los demandantes el equivalente en pesos a 1.000 gramos oro para cada uno de los actores”.

“2º Condénase igualmente a los entes demandados a pagar solidariamente a los demandantes los intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice nacional del precio al consumidor, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento”.

HECHOS

“Fueron relatados por el apoderado en la forma siguiente:

“1º El señor Ignacio González Valencia laboraba, para el 7 de noviembre de 1989, en calidad de conductor adscrito a la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Santa Rosa de Cabal, según acta de posesión 008 de 1982”.

“2º Para la misma fecha del 7 de noviembre de 1989 pertenecía al Departamento de Risaralda la volqueta de placas OV-4528, modelo 1982, tipo volco, color rojo llama, motor M-2004 18LH 3”.

“3º Para el 7 de noviembre de 1989, en horas del medio día el conductor Ignacio González Valencia, conducía la volqueta citada, propiedad del Departamento de Risaralda, por el sector de la calle 15 entre carreras 15 y 16. Al llegar a la carrera 15 con calle 15, hizo el pare correspondiente, fijando su mirada hacia el parque principal de Santa Rosa de Cabal, por la carretera 15 que es por donde comúnmente se desplazan los vehículos automotores en dirección a Chinchiná y Manizales por ser ésta una vía de carácter nacional; confirmada la ausencia de vehículos automotores sin precaución de ninguna naturaleza, el conductor arrancó en su vehículo sin cerciorarse del tránsito de los peatones, arrollando por esta causa al señor José Marín Buitrago, tumbándolo y luego pasándole por encima con la llanta delantera, quien no haber sido por los espectadores del macabro suceso, también le hubiese pasado las llantas traseras de la máquina oficial”.

“4º El fallecido José Marín Buitrago al observar que la máquina se encontraba detenida en posición de pare, inició el cruce de la vía en la ‘bocacalle’ presumiendo la prudencia del conductor como un principio general en este tipo de actividades peligrosas”.

“5º El protocolo de necropsia del 8 de noviembre del 89, firmado por el doctor Mario Aristizábal, determinó como causa de la muerte paro cardio-respiratorio secundario a traumatismo cerrado de abdomen, de naturaleza simplemente mortal”.

SECCION TERCERA

“...”

CONSIDERANDOS

“Pruebas:

“A folios 149 y 150 están las órdenes de pago expedidas por la Previsora S.A., Compañía de Seguros, a favor de la señora Carmen Marín Mesa por la suma de \$646.700.00 por muerte, y por la suma de \$162.750.00 (gastos funerarios); folios 151 y siguientes, Póliza de Seguro de todo riesgo de la Previsora S.A.; certificado del señor Alcalde Municipal de Santa Rosa, en el que se dice que el 7 de noviembre de 1989 el señor Ignacio González Valencia se encontraba vinculado al Municipio de Santa Rosa de Cabal como chofer de la volqueta modelo 1982, de placas OV-4528, igualmente que era conducida por el citado señor. Agrega que de acuerdo al contrato de uso, acordado con el Departamento de Risaralda, el Municipio empleaba la volqueta pero en ningún momento su uso estaba bajo el control inmediato del señor Gobernador (fl. 201); Resolución número 018 de julio 15 de 1982, por la cual se nombra al señor Ignacio González Valencia en el cargo de conductor de una volqueta de propiedad del Municipio (fl. 202); acta de posesión de Ignacio González Valencia (fl. 203); contrato de uso administrativo entre el Departamento de Risaralda y el Municipio de Santa Rosa de Cabal (fl. 198); fotocopia de la cédula de ciudadanía de quien resultó muerto, el señor José Raúl Marín Buitrago (fl. 210); certificación del señor Gobernador del Departamento, en la que se afirma que para el 7 de noviembre de 1989 la volqueta oficial de placas OV-4528 estaba en poder del Municipio de Santa Rosa de Cabal, en razón a un contrato de comodato o préstamo, de uso, celebrado entre el Departamento de Risaralda y el Municipio de Santa Rosa de Cabal, el 22 de diciembre de 1982, por un término de diez años (fl. 219)”.

“Prueba Testimonial:

“Isaías Hurtado Aguirre, Diego Arias Ceballos, Fabio de Jesús Zuluaga Mesa, dicen que entre don Raúl Marín, su esposa e hijos y hermanos existía buena amistad, no se presentaban problemas con la familia, eran muy unidos con los hermanos, se visitaban frecuentemente y asistía regularmente a fiestas familiares. Se dijo también que el señor Marín Buitrago hacía unos 20 o 25 años había dejado de trabajar, que la salud era muy buena, muy alentado, se mantenía en la calle desde las 7 u 8 de la mañana (fls. 267, 271, 272, 280)”.

“Pruebas pedidas por el Departamento y el Municipio de Santa Rosa de Cabal”.

“José Joaquín Rosas Armero: ‘pues en lo que a mí concierne y lo que me pudieron decir varias personas que sí era como locatico..., cada que me lo encontraba me pedía veinte pesitos, él no se podía desplazar a la misma velocidad de una personas normal, para mí más bien andaba despacio... por que una vez frente al Apolo 11 que queda en la carrera 15 con calle 19 yo venía con un amigo; nosotros escuchamos el frenón de un carro cuando nosotros volteamos a ver y el señor *Misinga* estaba parado frente al carro y entonces el conductor se bajó y cogió al señor de una mano y le puso la mano arriba de la espalda y nosotros alcanzamos a escuchar que el señor le decía: viejito mucho cuidado que el cementerio está cerca (fl. 345)...’.

“Cierta vez estando con unos amigos tomando tinto en el café Nogal pasó este señor ‘Musinga’ y en la forma que pasó ese día, arrastrando los pies, moviendo las manos y pidiéndole plata a la gente, fue la impresión que nos llevamos en ese momento”. El testigo da la anterior razón para manifestar que el señor Marín Buitrago era como “locatico” (fl. 346).

“Miguel Hernández Obando, que lo conoció, hacía siete años que pedía monedas, que era sonámbulo o como locato, cuando uno le daba una moneda trataba de enojarse, pasaba las calles despacio. ‘A mí me consta que en dos ocasiones hubo problema para él cruzar la calle, lo que pasaba era que ponde (sic) ...iba a mí me tocó ver dos casos de tener que frenar el carro... si por dos ocasiones me tocó a mí que ver de que los carros frenaban para evitar un accidente, las veces que lo vi él pasaba despacio’ (fls. 349 y ss.)”.

“Hernán Alonso Herrera Urrea - Vendedor de Seguros-:

“Lo conocíamos como un viejito que pedía limosna y si no le dábamos se enojaba y se iba arriendo madres, era muy conocido, me pidió limosna varias veces y a otros también. Preguntado: Cómo caminaba el señor Marín? Contestó: El era paralizado tal vez no sé si una pierna o parte de la cadera, caminaba como brincaito como desequilibrado..., en una ocasión yo subía en un vehículo y él salía enojado de la esquina de Maxis porque venía a paso ligero, yo venía por la catorce y él venía por la quince a la catorce y el andén es más bien alto y afortunadamente yo venía despacio y vi que venía derecho como para el carro y cuando él llegó al borde del andén yo veo que como que se va a tirar y entonces yo me tiro hacia el lado izquierdo y él alcanzó a bajar el andén y quedó sentado y hasta con trabajó se paró... lo que pude ver, miraba sí, pero no se cercioraba porque lo que a mí me pasó con él no es normal porque una persona que va a cruzar sabe cuándo debe cruzar. Preguntado: En qué forma se desplazaba Raúl Marín por las aceras? Contestó: Prendido de las paredes porque era más bien como paralizado un lado, no podría caminar

SECCION TERCERA

rápido..., era muy bajito..., miraba si venía algo, si alguien le hablaba él miraba a atrás y procedía a pasar pero no se cercioraba de que viniera un vehículo, la manifestación se debe a lo que me sucedió a mí con él cuando yo iba manejando un vehículo...” (fls. 371 y ss.).

“José William Bedoya González -Comerciante-: ‘Yo estaba recostado en el andén cuando vi el accidente..., entonces como la volqueta es alta porque es grande entonces él paró y miró hacia arriba a ver si venían carros, como no venían arrancó, me refiero al conductor, y *en esas pasaba don Raúl* y entonces lo empujó con el bómper..., cuando menos pensé vi que salió de la esquina de allá donde hay una dentistería..., él siempre andaba en esta (sic) posición como parado en el talón y andaba ligero..., él miró para arriba que es donde los carros bajan y no miró más para ningún lado..., yo no sé si la víctima tomó precauciones..., entonces no se para dónde iba entonces yo miré cuando ya estaba cogido..., cuando el conductor de la volqueta paró y miró para arriba el viejito se cruzaba... eso fue en fracción de segundos..., pero como él era tan bajito no lo alcanzaba a ver a él y entonces lo tumbó al suelo y lo arrolló.. (fls. 383 y ss.)’.

“Este mismo declarante lo hizo 20 días después del accidente ante el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal. Del testimonio de esa época traemos: ‘...y como venía carro arrancó, y en esas como el señor Raúl, el finado, tenía el vicio de pasar las calles en forma diagonal, en ese momento lo vi que trataba de cruzar de esa esquina donde la volqueta hizo el pare hacia la casa de Darío Acevedo, en forma diagonal, entonces le dio con el bómper del lado izquierdo y lo tiró al suelo..., yo únicamente vi cuando él se estaba pasando... él arrancó despacio si hubiera sido violenta lo coge con las llantas traseras también’ (fl. 16, cdeno. copias penal)”.

“Juan Gabriel Serna Ortiz -Comerciante-: (Declaración rendida ante el Juzgado Civil del Circuito el 10 de julio de 1991): ‘Vi todo el accidente, estaba parado en la puerta del negocio, hizo el pare y el señor *Misinga* estaba empezando a cruzar la calle y Nacho llegó al pare y miró si venían carros y como no venían arrancó, entonces lo cogió con el bómper, lo arrastró... él pasó muy cerquita del bómper del carro. Cuando Nacho llegó al pare *Musinga* ya había empezando a cruzar la calle y cuando lo cogió iba adelante de la volqueta muy cerca de la volqueta..., él andaba con los pies tiesos los doblaba en la cuestión de las rodillas, como un poquito gancho, la incapacidad de él andaba despacio..., eso fue en cuestión de segundos, caminaba despacio, la volqueta estaba encendida’ (fls. 393 y ss.)”.

“Este mismo declarante al otro día del accidente (noviembre 8/89) dijo ante el Juez Cuarto de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal: ‘...Cuando Ignacio hizo el pare, el viejito ya estaba tratando de cruzar la calle, pero pasó muy cerquita del bómper y *Nacho no lo vio porque la carrocería es muy alta y como el viejito andaba gacho y era muy pequeño*, sin duda no lo alcanzó a ver... y arrancó despacio y el viejito se le atravesó. Preguntado: El peatón vio la volqueta o se atravesó sin poner ningún cuidado? Contestó: Creo que el viejito no puso cuidado para cruzar la calle y se golpió contra el bómper y cayó al suelo siendo pasado por la llanta delantera’ (fl. 6 fte. vto., cdeno. penal, fotocopias) (Resaltado fuera del texto)”.

“José Alpidio Londoño Urueña (trabaja con el anterior declarante): ‘Yo estaba en la puerta del negocio con mi patrón..., nos pusimos a ponerle cuidado cuando él hizo el pare, él miró hacia arriba a ver si venía vehículo cuando en esas iba pasando *Musinga* y entonces él miró hacia arriba y a arrancó que fue cuando lo cogió con la cabina y lo arrastró con la llanta del lado izquierdo... es que cuando la volqueta hizo el pare el señor José Raúl ya había dado por hay dos pasos, yo no lo observé si miró para alguna parte, me refiero al señor Musinga.... pues como él tenía pierna tiesa él andaba arrastrado y bajito (el testigo muestra en su propio físico como ténbloroso)..., eso fue en par segundos que él volvió a arrancar... el viejito pensó que no iba a seguir Ignacio pues como ni se ve ni Nacho lo vio ahí fue cuando arrancó, sí quedó encendido (la volqueta), pues sonaba cuando está prendido lo normal..., él va pasando y yo miré porque yo estaba mirando y *Musinga no miró para ninguna parte*, yo observé que había empezado a dar aproximadamente dos pasos... sí se le atravesó... él era bajito y andaba arrastrado, porque tenía una pierna tiesa’ (el testigo muestra la forma de caminar el señor Musinga y arrastra los pies) (fls. 41 y ss.) (Resaltado fuera del texto)”.

“El mismo declarante a los dos días del accidente ante el Juez Cuarto de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal, dijo: ...como la cabina *de la volqueta es tan alta no vio al viejito*, que se cruzó la calle y lo cogió de frente y lo tiró al suelo y le pasó la llanta delantera izquierda por encima del cuerpo, entonces el muchacho de la funeraria le hizo señas y le gritó que parara... *Cuando él arrancó el viejito se atravesó...*, también sabía que lo llamaban Musinga que era muy limitado para andar, como que tenía una pierna tiesa (fl. 7, cdeno. penal) (Resaltado de la Sala)”.

“Diligencia de levantamiento del cadáver del señor José Raúl Marín Buitrago:

SECCION TERCERA

“Señales particulares: Presenta cicatriz antigua en la parte anterior del tercio medio pierna derecho (fl. 14, cdeno. penal)”.

“Responsabilidad del Departamento de Risaralda”.

“A folios 118 y 119 del cuaderno principal está la fotocopia del contrato de ‘Uso Administrativo’, celebrado entre el señor Gobernador del Departamento de Risaralda y la Alcaldesa de Municipio de Santa Rosa de Cabal. En la cláusula primera se dice: Objeto: El Departamento entrega y el Usuario recibe un bien mueble representado en una volqueta Chevrolet 149, Diesel modelo 1982, motor número M200418, Chasis CM 200418, color rojo llama, identificada con las placas oficiales OV-4528. Cláusula cuarta. Término. El término de uso que se celebra mediante este contrato es de diez (10) años contados a partir de la fecha de la entrega del bien mueble de que se trata. Cláusula decimosegunda. El usuario asume la responsabilidad por los siniestros que se produzcan mientras el vehículo esté en su poder, sea operado por cualesquiera de sus agentes o por terceros. En consecuencia declara expresamente al departamento libre de estas responsabilidades”.

Para la fecha en que ocurrió el accidente ya varias veces mencionado, el contrato celebrado entre el Departamento de Risaralda y el Municipio de Santa Rosa de Cabal se encontraba vigente, el municipio usaba el vehículo a que se refiere el contrato, tenía su custodia y dirección. Por estas razones al Departamento de Risaralda se le eximirá de toda responsabilidad.

“De esta manera se accede a la excepción propuesta por el Departamento referente a inexistencia de responsabilidad solidaria del mismo”.

“Declaración de la señora Mariela Mesa Vda. de Marín: ‘...El, ahora el cuatro de marzo ajustó de haberse fracturado una pierna veintisiete años... cruzando el puente de la Virginia, un carro lo atropelló y le fracturó la pierna y le tuvieron que colocar una platina en la rodilla y por eso no podía doblar la rodilla. Díganos si su esposo estaba en condiciones físicas de hacer desplazamientos más o menos rápidos o veloces: No, ni riesgos, pues por su edad y el impedimento de la pierna, no podía correr, se desplazaba normalmente *pero no con la agilidad de una persona sana* ’” (fl. 80 vto., cuaderno número 2 penal..”

“En la diligencia de Inspección Judicial, entre otros, actuó el perito de Tránsito señor Rubén Darío Osorio, quien al rendir su dictamen, dijo: ‘El peatón se encontraba en condiciones desfavorables ya que la prelación la tiene el vehículo por tratarse de una calle y no de un anden, además no existe allí zona demarcada como peatonal y no haber semáforo que permita el libre desplaza-

miento del peatón. En esta circunstancia el peatón debe tener el máximo cuidado para cruzar la vía ya que la prelación es vehicular... 3 ...pero tal como se pudo ver en la reconstrucción de los hechos la estatura del occiso y la forma gacha como éste caminaba no permitía su visibilidad al estar junto o delante de la Volqueta ya que para el conductor tener visibilidad ante el occiso éste debería estar a una distancia de un metro con 0.50 centímetros o dos metros delante de la volqueta. 4. De acuerdo con lo que yo observé en el terreno el conductor no tuvo ninguna responsabilidad ya que en las condiciones como se presentó el accidente, la imprudencia puede ser imputable al peatón’.

“Este perito dejó una nota al final de su dictamen, en la que se lee: ‘Es bueno aclarar como es sabido por toda la ciudadanía y de quienes conocimos personalmente al occiso, que los desplazamientos de él se hacían a toda marcha y sin el mínimo de cuidado’ (fls. 45 o 15, cdeno. 2 penal)”.

“En el proceso se encuentra debidamente probado:

“1º Que el día 7 de noviembre de 1989 el señor Ignacio González Valencia, conductor adscrito a la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Santa Rosa de Cabal, conducía la volqueta referida en varias oportunidades”.

“2º Que el señor González Valencia se encontraba vinculado al municipio- Secretaría de Obras Públicas”.

“3º Que la volqueta estaba cumpliendo funciones a cargo del Municipio de Santa Rosa de Cabal”.

“4º Que el 7 de noviembre de 1989, en la carrera 15 con calle 15, la volqueta le causó heridas al ciudadano José Marín Buitrago, las cuales posteriormente le produjeron la muerte”.

“5º Dicha muerte fue demostrada con el acta de levantamiento del cadáver, necropsia y certificado de defunción de la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira (fl. 30)”.

“La jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la falla presunta con vehículos oficiales, desde luego con advertencia que el hecho o culpa de la víctima exonera o atenua, según el caso, la responsabilidad estatal”.

“De extractos de jurisprudencia, tomo IV, 1989, página 310, se nota:

“...1. La aplicación de la regla *actori incumbit probatio*, se atenua respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa que toda prueba al demandante, sino que el *onus probandi* no cobija la prueba de la falla del

SECCION TERCERA

servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo. Corresponde por tanto al actor probar solamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utilización del vehículo automotor oficial”.

“2. El perjuicio causado con vehículo automotor oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falla, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es, pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva”.

“3. Por ser presunta la falla de servicio, ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración”.

“4. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con vehículo automotor oficial no guarda relación causal alguna con al falla del servicio imputable a la persona pública”.

“5. El hecho o culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenua, según el caso, la responsabilidad estatal...”.

“Al finalizar el estudio de las pruebas la Sala se pronunciará si hubo responsabilidad compartida, si la culpa fue sólo de la Administración, o sólo de la víctima”.

“Prueba testimonial:

“Varios declarantes afirmaron que el señor José Marín Buitrago, a quien llamaban ‘Musinga, era como locatico’, pedía a veces platica y si no le daban ‘mentaba la madre’, que no era atento para pasar las calles, que en varias oportunidades observaron que los carros tenían que frenar para evitar atropellarlo; uno de los declarantes dio la anterior afirmación porque una vez vio que se le iba a tirar (el declarante iba manejando su carro).

“De esta primera parte de testimonios concluimos que el citado Marín Buitrago no era una persona prudente al cruzar las vías, lo cual demuestra que se exponía fácilmente a ser atropellado. También quedó demostrado con prueba testimonial, incluyendo la de la señora esposa, y acta de levantamiento del cadáver, que la víctima se desplazaba con dificultad, ‘no con la agilidad de una persona sana’, porque había sido fracturado una pierna hacía varios años y le habían colocado una platina. Esta limitación física necesariamente nos lleva a la conclusión que sus movimientos para caminar eran inseguros. Esto nos demuestra que no es cierto que la salud era ‘muy buena, muy alentado’, como lo dijeron los declarantes pedidos por la parte demandante que aparecen a folios 267, 271, 272, 273, y 280. Igualmente quedó demostrado que la víctima era una persona de baja estatura, 1.46 de estatura, además caminaba agachado, lo cual hacía disminuir su estatura (ver fotocopia de la cédula, fl. 210, cdeno. ppal.).

“Juan Gabriel Serna, José Alpidio Londoño y José William Bedoya fueron testigos del accidente, declararon en el proceso penal y en el Juzgado del Circuito de Santa Rosa de Cabal en ratificación. De sus testimonios se concluye que cuando el conductor arrancó ‘el viejito se atravesó’, no miró para ninguna parte (el occiso), que no lo pudo ver el conductor de la volqueta porque ésta era muy alta y la víctima muy pequeña. Es de anotar que la persona que resultó lesionada no cogida en mitad de la calle, sino con el bómper izquierdo, precisamente cuando el aparato arrancó, lo que indica que fue simultánea la arrancada y la atravesada del señor Marín Buitrago. Estos declarantes fueron solicitados por la parte demandante y la Sala ha tenido muy en cuenta sus primeras versiones, o sea, las dadas a los pocos días después del accidente. Merecen plena credibilidad para la Sala porque fueron testigos del accidente y sus versiones son acordes y además dan la razón de sus dichos”.

“Respecto de las declaraciones de los señores José Joaquín Rosas Armel, Miguel Hernández, Ignacio González Valencia, que fueron tachados en audiencia por el señor apoderado de la parte demandante, por estar vinculados al Municipio de Santa Rosa de Cabal como carpintero, mecánico, conductor, no se aceptará porque no cumple los requisitos del artículo 218 del C. de P. Civil, y no son sospechosos para la Sala por el hecho de estar vinculados al Municipio de Santa Rosa de Cabal por el aspecto de la dependencia, ya que algunas referencias hechas por ellos fueron también afirmadas por los declarantes solicitados por la parte actora, además también fueron pedidos por el Departamento, con el cual no tienen ningún vínculo laboral”.

SECCION TERCERA

“Prueba pericial trasladada del proceso penal (cdeno. No. 2), prueba que tuvo pleno valor en la investigación penal y que hoy sirve de apoyo para la decisión que se habrá de tomar. En ella se dijo, tal como se vio cuando se hizo la transcripción, que el conductor no tuvo ninguna responsabilidad debido a la imprudencia del peatón, ya que era imposible para el conductor ver la futura víctima por su baja estatura, caminar ‘gacho’, que para poderlo observar debía estar a 1.50 o 2.0 metros de la volqueta. Este hecho fundamental no fue tratado o mencionado por la parte demandante”.

“En extenso memorial de conclusión el señor apoderado de la parte demandante y con gran esfuerzo dialéctico, jurisprudencial y doctrinal, termina solicitando que si hubo culpa de la víctima no opere la compensación, sino la reducción del *quantum indemnizatorio* en un 10%. Tacha algunos testimonios; que el conductor sólo miró hacia el lado derecho, por lo tanto fue imprudente al no mirar si venía algún peatón; que reanudó la marcha en forma inmediata”.

“Los testigos William Bedoya, Gabriel Serna, Alpidio Londoño, tal como se dijo en otra oportunidad merecen plena credibilidad para la Sala porque observaron el accidente, el hecho de coincidir en algunas expresiones no le quitan su credibilidad y además rindieron su testimonio recién ocurrido el accidente cuando aún tenían en su memoria las imágenes (sic) muy claras de lo sucedido. Quiere aclarar la Sala que el honorable Tribunal Superior de esta ciudad ordenó abrir investigación por falso testimonio contra Fabio López Duque y Hernán Toro Marín. Sobre sus declaraciones es bueno anotar que no se tuvieron en cuenta en ningún aspecto. De la Historia Clínica se puede destacar que en varias ocasiones fue hospitalizado por sufrir convulsiones (cdno. No. 3).

“Analizando las pruebas queda solamente decidir si existió la falla presunta con vehículo oficial que para esta clase de casos es de usual frecuencia, si existió culpa compartida o culpa de la víctima. Para ello es necesario que nos hagamos varias preguntas:

“1. ¿La víctima con su comportamiento fue causa única o concausa en la producción del daño?

“2. ¿Qué papel jugó el comportamiento de la víctima en la cadena causal de la producción del perjuicio?

“Una persona prudente, respetuosa de los reglamentos del tránsito -no solamente los conductores deben de respetar- las normas de tránsito, los peatones tienen la misma obligación, no se habría atrevido a cruzar la calle en

la dirección que lo hizo, sabiendo que la volqueta estaba prendida y lista para arrancar, además de saber que tenía una limitación física (minusválido: persona que tiene disminuidas algunas de sus facultades físicas o mentales. Definición que trae el Decreto 1809 de agosto de 1990 por el cual se introducen reformas al Código Nacional de Tránsito Terrestre, Decreto-ley 1344 del 4 de agosto de 1970, art. 2º).

“Se ha hecho énfasis que el conductor no miró hacia la izquierda, que se limitó a observar qué carros bajaban por la derecha ya que se trata de una sola vía bajando, atendiendo lo dicho por los testigos, lo cual deja alguna duda en el sentido que si se trató de un suceso que ocurrió en segundos; como ellos lo dicen era difícil observar a qué dirección miraba el conductor y al mismo tiempo estar atentos a los movimientos del señor Marín Buitrago”.

“Teniendo en cuenta la baja estatura del lesionado, el andar ‘gacho’, la altura de la volqueta y observado las fotocopias de las fotografías tomadas en la diligencia de Inspección Judicial, se nota claramente a qué altura quedaba el peatón del volco del automotor y lo cerca a él que pasó. A esto le agregamos que de acuerdo con el perito era imposible para el conductor observar al peatón (ver fl. 15, C. penal, fotocopias). Así hubiese mirado al lado izquierdo, el conductor, no se habría podido percatar de la presencia del ciudadano Marín Buitrago. El conductor, pues, obró con prudencia al proseguir su marcha”.

“Las respuestas a los interrogantes que nos hemos hecho después de haber analizado las diferentes pruebas, son: la víctima con su comportamiento fue la causa única del daño; el papel que jugó el comportamiento de la víctima en la cadena causal del perjuicio fue determinante para que se produjera el accidente y no se trata que la víctima hubiese tenido un comportamiento de aquellos que dan lugar a una culpa compartida, sino que fue determinante para que se produjera el daño; la víctima fue la causa directa y eficiente del daño. Así las cosas, el daño no fue el resultado de la actuación de la administración, en otras palabras, no existió relación de causalidad entre la actuación de la administración y el daño ocasionado a la víctima, no pudiéndosele imputar el daño a la actuación de la Administración y por estas razones analizadas no se le puede deducir responsabilidad a la misma”.

“La culpa de la víctima exonera de responsabilidad a la administración en el presente caso, de acuerdo al material probatorio analizado” (fls. 488 a 491 y 502 a 521).

SECCION TERCERA

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 525 y siguientes del cuaderno número 1, obra el escrito en que el apoderado de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

“II. Motivos de inconformidad

En nuestro sentir, la sentencia no se compece con la historia procesal presentada por las pruebas recogidas. El examen realizado a los testimonios no es el mejor, y por ello se fuerzan las conclusiones arribadas. A pesar que los hechos fundamento de las pretensiones en su integridad se encuentran probados, ello no importa al fallador en los más mínimo, como para considerar un responsabilidad administrativa con descuento en el monto indemnizable por un participación culposa en grado menor de la víctima”.

“Nos lamentamos pues de la valoración incompleta -a la prueba testimonial recaudada-, que en las transcripciones hechas con destino al fallo pretenden enseñar la verdad procesal, cuando en realidad sólo sirven para plasmar apreciaciones subjetivas con absoluto desconocimiento de lo planteado en los presupuestos fácticos del libelo”.

“Afirmarse por la Corporación ‘...que se limitó a observar qué carros bajaban por la derecha ya que se trataba de una sola vía bajando, *atendiendo lo dicho por los testigos*, lo cual deja *alguna duda* en el sentido que si se trató de un suceso que ocurrió en segundos; como ellos lo dicen era difícil observar a qué dirección miraba el conductor y al mismo tiempo estar atentos a los movimientos del señor Marín Buitrago...’ refiriéndose a la actitud del conductor de la demandada, se constituye en una presunción personal e íntima del juez, que en momento alguno se ha erigido como medio probatorio; y en existencia de contradicción en el fallo atendiendo que la prueba que sirve de fundamento a la decisión sólo habrá de servirle para ello, a pesar que ella misma contenga otros aspectos irreconciliables con lo decidido”.

“En otras palabras, la inexistencia de análisis en conjunto y armónico de los testimonios, permite a la Sala de Decisión creerles en los aspectos básicos para sostener la negatoria de las pretensiones, y desecharlos mediante apreciación personal en cuanto se opongan a lo buscado en la sentencia”.

“Tampoco compartimos lo fundamentado en el fallo para encontrar la eximente de responsabilidad en pro del demandado, pues bien observado y criticado en lógica, el mismo aparte considerativo de la sentencia nos daría la

razón en coincidencia absoluta con lo definido por la jurisprudencia y doctrina. Dice en lo pertinente el proveído: “Teniendo en cuenta la baja estatura del lesionado, el andar ‘gacho’, *la altura de la volqueta* y observado las fotocopias de las fotografías... se nota *claramente* a qué altura quedaba el peatón del volco del automotor y lo cerca a él que paso” (Resaltados fuera del texto. Hoja 33). Nos concede la razón por cuanto quien ejercía la *actividad peligrosa* era el conductor del municipio y no el peatón, quien sólo ejercía su elemental derecho de locomoción, y de por sí el ejercicio de tal actividad, constituye una carga para la demandada que compromete su responsabilidad y que debe solventar probatoriamente con demostración de una culpa exclusiva de la víctima que aquí *jamás* se ha presentado”.

“Es que de los testimonios arrimados al plenario también se conoció: que Marín Buitrago era pequeño de estatura; que atravesaba las calzadas diagonalmente; que la volqueta recién había detenido su marcha; que su conductor no observó el cumplimiento de las medidas preventivas a que estaba obligado para reemprender la marcha; que si la cabina era alta, en mayor grado estaba obligado a ejercer la diligencia, cuidado y previsión que el riesgo de su actividad conlleva”.

“Y ahora que mencionamos la altura de la cabina de la volqueta y la baja estatura del occiso nos es dable la presente reflexión: Se justificaría igualmente en las mismas condiciones como las dadas en el caso aquí debatido, la muerte de un *niño*, que supuestamente tampoco puede ser visto por el conductor de una inmensa volqueta y que pretende cruzar la calzada? Según el pensamiento recogido de la sentencia quien conduzca vehículo de tan especial naturaleza está legitimado, por encima de sus omisiones con desarrollo de labor de connotada peligrosidad, para quitar la vida a sus semejantes, sobre todo si son de baja talla y transitan por la zona urbana de un pueblo tan pequeño en donde se conocen todos” (fls. 526 a 529).

III. CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión para exponer:

“El apoderado de la parte actora fundamentó su apelación básicamente en dos supuestos:

“Que el examen practicado a las pruebas no es el mejor, puesto que se considera que quien ejercía la actividad peligrosa era el conductor y no el peatón, aunque se olvida que en esta ocasión existió culpa exclusiva de la víctima que según las declaraciones de la mayoría

SECCION TERCERA

de los testigos se le atravesó a la volqueta en tal forma que resultaba imposible verlo, no por la única circunstancia de ser el transeúnte una persona bajita y gacha, como pretende hacerlo aparecer el demandante, sino por la forma imprudente como cruzó la calle y sumado a este hecho su físico que evidentemente hacía más difícil observarlo desde la cabina de una volqueta, se pretende además asimilar la contextura física de José Marín Buitrago, con la de un niño, pero aquí cabe anotar que en todo caso se trataba de un adulto que tiene absoluta capacidad para saber cuándo debe pasar un calle y si no la tenía, entonces sus familiares debieron haber previsto que no estaba facultado para salir a la calle y comparten en este caso la culpa con la víctima, pues omitieron una responsabilidad que no le corresponde al Estado: la de asegurar la protección de los miembros de su propia familia. Además, argumenta el recurrente que se omitió por el conductor la observancia de las medidas preventivas de tránsito a que estaba obligado, pero como se demostró a través del proceso éste hizo el Pare, miró si venían carros, afirma haber observado a lado y lado por el retrovisor, guardando toda la diligencia y cuidado posibles, aunque sí no podía saber que alguien pequeño de estatura pasaría pegado a su vehículo atravesándose la calle en forma imprudente y además de manera diagonal. Esta situación hizo imposible que el conductor desde una volqueta pudiera detectar su paso”.

“En todo caso cabe recordar a propósito del caso que el departamento suscribió un Contrato de uso Administrativo con el Municipio de Santa Rosa de Cabal entregando para el manejo de la entidad la volqueta chevrolet, 149 Diesel Modelo 1982, identificada con las placas OV 4528; en la cláusula tercera del contrato se estipula: Destinación: El bien mueble que se entrega en uso, se destinará exclusivamente para la ejecución de Obras Públicas y Proyectos de Infraestructura del Municipio de Santa Rosa de Cabal, así como de colaboración en el mantenimiento de las vías Departamentales y Municipales de la Jurisdicción...” En la cláusula 4ª se estableció: Tiempo. El término de uso que se celebra mediante este contrato es de 10 años contados a partir de la fecha de entrega del bien mueble de que trata. En la cláusula decimosegunda señala: “El usuario asume la responsabilidad por los siniestros que se produzcan mientras el vehículo esté en su poder, sea operado por cualquiera de sus agentes o por terceros...” (Léanse fls. 118 y 119).

“El contrato se celebró el 22 de diciembre de 1982 y fue identificado con el número 175 (fl. 117), la autorización para celebrarlo, se otorgó mediante la Ordenanza número 048 de 1982”.

“El Municipio de Santa Rosa, recibió a satisfacción el 24 de diciembre de 1982 la volqueta mencionada una vez legalizado el contrato, según se acredita en el acta de recibo que consta a folio 111”.

“Para el día de los hechos la volqueta llevaba casi 7 años al servicio del Municipio de Santa Rosa de Cabal, según se ha acreditado ampliamente, el señor Ignacio González V., al momento de ocurrir el accidente se desempeñaba como *Conductor del Municipio de Santa Rosa de Cabal* (fl. 354 y Acta de posesión correspondiente) y cumplían una orden impartida por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio, conforme lo establece expresamente en su declaración: ‘Iba a cargar material del río *por orden de las (sic) Obras Públicas del Municipio de Santa Rosa de Cabal*’” (Léase fl. 357) (Resaltado nuestro).

“Ni la función desarrollada, ni la actividad desempeñada, ni el Agente tenían relación alguna con el Departamento de Risaralda. Incluso como se acreditó en su oportunidad, la volqueta se encontraba por cuenta del Municipio de Santa Rosa de Cabal. La dirección de la actividad no correspondía en absoluto al Departamento, sino al Municipio, pues se cumplían actividades de su exclusivo resorte”.

“A propósito de los hechos el testigo José William Bedoya G., señala en la declaración rendida ante el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal:

“... Yo estaba parado al pie de la funeraria, en la calle 15 entre carreras 14 y 15, cuando yo vi que venía la Volqueta subiendo por la misma calle 15 de la carrera 16 (sic) cuando él hizo el pare en la carrera 15, miró hacia arriba a ver si venía el carró y como no venía carro arrancó otra vez, y *en esas como el señor Raúl, el finado tenía el vicio de pasar las calles en forma diagonal*, en ese momento lo vi que trataba de cruzar de esa esquina donde la volqueta hizo el pare. Como dije en forma diagonal, entonces el chofer de la volqueta le dio con el bómper del lado izquierdo...” (resaltado nuestro).

“Al ser interrogado sobre si el conductor de la volqueta arrancó violentamente en tal forma que no le diera tiempo al peatón de evitar ser cogido, el mismo testigo señala:

“El arrancó despacio, si hubiera sido violenta lo coge con las llantas delanteras también”.

“El señor Bedoya no pudo establecer cuándo la volqueta hizo el pare; ya el peatón había aparecido en la esquina, pues al cuestionársele sobre ese punto dice:

SECCION TERCERA

“Yo únicamente vi cuando él se estaba pasando” (Léase fl. 32 prueba trasladada).

“Al ratificar su testimonio (prueba solicitada por la parte de demandante), el testigo consagra:

“...Como la volqueta era alta, porque es una volqueta grande, entonces él paró y miró hacia arriba a ver si venían carros, entonces como no venía carro arrancó, me refiero al conductor de la volqueta, y en esas pasaba don Raúl y entonces lo empujó con el Bómpér...”.

“Agrega, refiriéndose al peatón fallecido:

“El señor siempre andaba en estaba (sic) posición como parado en el talón y andaba ligero (el testigo ha mostrado la manera de caminar no normal de señor Marín Buitrago) establece además:

“...En el momento en que arrancaba el viejito estaba adelante del bómper...”.

“Comenta que al atravesar la calzada don José Raúl pasó en relación con la volqueta:

“...Por ahí cerquita, ahí mismo pegadito...” establece que el señor José Raúl “...Era muy bajito pa que...”.

“Al cuestionársele sobre la razón por la que estando tan atento a los hechos no previno al peatón para que no pasara la calle, responde:

“...Porque no dio tiempo en prevenirlo... “y agrega:

“...Con el bómper lo empujó entonces, ahí era donde yo le gritaba pero como él era tan bajito no lo alcanzó a ver él, y entonces lo tumbó al suelo y arrolló ...” (Léanse fls. 303 a 390).

El señor Alpidio Londoño O. en su declaración rendida ante el Juzgado de Interdicción Criminal, señala sobre la forma como ocurrieron los hechos:

“Cuando él hizo el pare, en la calle 15 viniendo de la Carrera 16, a lo que vio que no venía carro de arriba, como la cabina de la volqueta era tan alta no vio al viejito que se cruzó la calle y lo cogió de frente y lo tiró al suelo y le pasó la llanta delantera izquierda por encima del cuerpo. Entonces el muchacho de la funeraria le hizo señas y le gritó que parara y ahí mismo paró, entonces él mismo ayudó a levantarlo y lo subieron a la volqueta y ahí mismo lo llevaron al hospital”.

“Continúa diciendo:

“Cuando él arrancó el viejito se le atravesó... No se cómo se llamaba y le decían ‘Musinga’, también sabía que era muy limitado para andar, como que tenía una pierna tiesa...”.

“Sobre las condiciones del accidente, comenta:

“En ese momento no bajaba ningún vehículo ni tampoco había estacionado por allí, la visibilidad era muy buena y el conductor estaba asustado por el accidente pero no se encontraba embriagado. Antes de él llegar a la esquina hizo el pare, venía despacio y arrancó despacio...” (fl. 7, prueba trasladada).

“En la ratificación solicitada por la parte demandante el señor Londoño establece que el conductor hizo el pare y miró hacia arriba a ver si venían carros”.

“Consagra al interrogársele sobre si observó que el conductor hubiera adoptado alguna medida antes de cruzar la calle:

“...Es que cuando la volqueta hizo el pare el señor José Raúl Marín, Musinga, ya había dado por hay dos pasos, yo no observé si miró para alguna parte, me refiero al señor José Raúl Marín...”.

“Al interrogársele sobre si el señor José Raúl cuando cruzaba la calle iba delante de la volqueta, cerca o lejos de ella, dice: ‘Sí iba delante de la volqueta, por hay medio metro de distancia a la volqueta’”.

Y agrega:

“Fue que cuando lo cogió, lo cogió con la trompa lo tumbó y ahí fue cuando lo cogió con la llanta delantera del lado izquierdo...”.

“También establece que el señor Marín estaba cruzando la calle ‘en forma diagonal... el andaba arrastrado y bajito...’”.

“Establece al ser cuestionado sobre si al hacer el pare la volqueta el vehículo quedó encendido:

“Sí, sí quedó encendido”, y al interrogársele sobre si al quedar encendido el motor produce algún tipo de ruido, contesto:

“Pues sonaba cuando estaba prendido lo normal”.

“Consagra que el peatón al atravesar la calle pasó ‘por ahí a medio metro’ del bómper de la volqueta.

“Deja también establecido que la volqueta tenía retrovisor a ambos lados.

SECCION TERCERA

“Sobre los hechos relata en otro aparte de su declaración:

“Yo estaba mirando y *Musinga no miró para ninguna parte, yo observé que había empezado a dar aproximadamente dos pasos*”.

“Sobre si el peatón se le atravesó o no a la volqueta este dice: *Sí se le atravesó (Resaltado nuestro)*”.

“Al precisar el lugar donde el vehículo hizo el pare establece:

“Pues ahí en la calle 15 y sacó la trompa a la carrera 15 porque siempre hay que sacar la trompa por que hay (sic) toda la línea no se puede hacer el pare porque entonces para qué lado va a ver...”.

“Comenta que el vehículo sacó la trompa:

“...Por hay dos metros también...”.

“Al preguntársele sobre de qué parte a qué parte se desplazaba el señor Musinga al empezar a cruzar la calle y lograr dar dos pasos, contesto:

“Dio dos pasos a atravesar diagonal por la calle...”.

“Y al solicitarle explicación sobre la contradicción existente en cuanto a su afirmación acerca de que el señor Musinga dio dos pasos en forma diagonal con el objeto de cruzar la calle y además su propia afirmación la volqueta se encontraba salida dos metros en la carrera 15, bajo esas circunstancias cómo explicaba la ocurrencia del impacto, según las distancias descritas por él mismo, respondió:

O sea, la volqueta estaba salida, entonces cuando Nacho fue a arrancar Musinga ya se le había adelantado y entonces ahí fue cuando lo agarró (resaltado nuestro).

“Continúa su narración diciendo al ser cuestionado sobre si cuando el señor Marín Buitrago fue atropellado se encontraba delante de la volqueta:

“Sí él se le había adelantado”.

“Con respecto al peatón señala:

“Se encontraba en la calle, estaba delante de la volqueta hacia un lado, hacia el lado izquierdo, él siguió andando, entonces fue cuando arrancó Nacho y lo agarró”.

“Comenta que el señor Musinga era bajito y andaba con una pierna tiesa ‘andaba gacho y arrastrado’ añade (léanse fls. 403 al 412)”.

“El señor Juan Gabriel Serna, en la declaración rendida ante el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal establece:

“Cuando Ignacio hizo el pare, el viejito ya estaba tratando de cruzar la calle, *pero pasó muy cerquita es muy alta y como el viejito andaba gacho y era muy pequeño, sin duda no lo alcanzó a ver, lo cierto es que Ignacio hizo el pare, miró hacia arriba y no venía vehículo y arrancó despacio y el viejito se le atravezó (sic)*”.

“Sobre el conductor señala:

“...él estaba en sano juicio, ni se le notaba que estuviera de afán o algo...”.

“Concluye finalmente:

Creo que el viejito no puso buen cuidado para cruzar la calle y se golpió contra el bómper y cayó al suelo siendo pasado por la llanta delantera” (léase fl. 6 prueba trasladada).

“Al ratificar su testimonio, en prueba decretada a petición de la parte demandante, acredita con respecto al peatón:

“...El pasó muy cerquita del bómper del carro, no sabría decirle muy cerquita, sería un metro o medio metro no se”.

“Sobre la actitud del conductor de la volqueta al poner el vehículo en marcha, dijo:

Lo normal, llegar al pare, mirar bien si hay o vienen carros y arrancar porque eso es sólo un vía, el miró hacia arriba lo lógico... (resaltado nuestro).

“Al respecto de si el conductor observó las medidas precautelativas de tránsito, señaló:

“Sí, él llegó, hizo el pare, miró hacia arriba de donde vienen los carros y arrancó despacio, porque él no arrancó rápido”.

Y agrega:

“Yo lo vi normal, borracho no, lo vi normal, no el no iba de afán, inclusive arrancó despacio”.

“Acredita que el peatón pasó muy cerquita del bómper, que caminaba despacio, manifestaba acerca del conductor:

“Por el tiempo que yo lo conozco manejando el manejaba muy bien y es prudente para manejar”.

SECCION TERCERA

“Sobre el vehículo acreditó que el peatón pasó muy cerquita, y que estando el vehículo encendido el ronroneo del motor era claro”.

“Además al ser interrogado sobre si el peatón emitió alguna señal que permitiera al conductor saber de su paso frente a mismo, contesta: ‘No’.

“Señala que la volqueta ‘tenía retrovisores’.

“Dice que el señor Musinga:

“...No pensó que la volqueta iba a *arrancar*”

“En la declaración rendida por el señor Ignacio González Valencia, establece:

“Salí de mi casa de almorzar, prendí la volqueta yo iba hacia el río Tarapacá, entonces a traer materiales de río para obras del Municipio, bueno a subir por la calle 15 hacia la carrera 15 al llegar a la esquina de la carrera 15 hice el pare correspondiente como la vía viene, los carros bajan de la derecha hacia la izquierda los carros que van por la carrera, y voy por la calle inmediatamente hago el pare observo hacia la parte derecho donde los carros bajan... inmediatamente volteo a mirar a todas partes antes de hacerlo, miro los retrovisores tanto el izquierdo como el derecho enfocando todo lo que hay a los lados y al frente con la vista, procedo a arrancar el carro... el carro tipo pesado siempre arranca muy despacio... cuando lo hice en fracción de segundos me gritaban del frente como a diez o veinte metros que parara y yo inmediatamente lo hice”.

“Narra que lo llevó al hospital y que solicitó llamaran a un familiar, manifiesta:

“...entonces llegó un hijo que se llamaba Germán Marín, al ratico también llegó una hija llorando y gritando cuando llegó la hija en ese momento el muchacho Germán le decía a ella, usted para que llora si era la que más lo humillaba en la casa, le decía él a ella, entonces yo le pregunté al muchacho, Germán, le dije, ustedes porque dejaban salir ese viejito a la calle sabiendo que corría tanto peligro en la calle él me contestó, me dijo que el viejito en la casa era insoportable que si no lo dejaban salir se ponía a destruir todo lo de la casa y si se le escondía la ropa salía a pie limpio sin medias, entonces lo tenían que dejar salir para evitar problemas en la casa...”.

“Al cuestionársele acerca de dónde trabajaba en la fecha de ocurrencia de los hechos señala:

“...En Obras Públicas del Municipio de Santa Rosa de Cabal como conductor y ahí trabajo actualmente en la misma dependencia”.

“Añade:

“...Iba a cargar material del río por orden de Obras Públicas del Municipio de Santa Rosa de Cabal...”.

“Al cuestionársele sobre si cuando hizo el pare vio algún peatón cruzar la calle, dijo:

“...No vi nada al frente del carro ni nada, ni persona por eso procedí a arrancar la volqueta”.

“Agrega:

“Yo creo que mientras yo hacía el pare y miraba hacia la parte derecha cuando ya regresé a mirar a los otros lados a la parte izquierda y a los espejos, el viejito estaba cruzando por la parte izquierda o sea ya estaba en la parte del frente de la farola izquierda de la volqueta, eso mismo lo dijeron muchas personas... y como la volqueta era muy alta... es muy difícil cuando una persona se acerca al bómper más si es de estatura baja es difícil detectarla... y la vía en ese punto donde ocurrió el accidente está inclinada... o sea voy subiendo prácticamente más alto que el carro...”.

“Acredita al ser interrogado al respecto por el Juzgado que el señor Marín:

“...Era un viejito bajito, andaba con un pie tieso un poco, a veces se cruzaba las calles rápido y otras despacio estaba uno por ahí parado cuando se prendía de uno, se les prendía a los carros para cruzar, perdía limosna...”.

“Consagra que lleva dieciocho (18) años conduciendo vehículos y que es el primer accidente que tiene.

“Sobre el mantenimiento de los vehículos del Municipio dice:

“Normalmente y periódicamente se le hace mantenimiento a los vehículos del Municipio en los talleres aclarando que esa volqueta también hace parte de la misma maquinaria porque la usa el Municipio, ese día se encontraba perfectamente de todo ...” Añade que el mantenimiento se le hace cada 8 días”.

“Sobre la altura del vehículo señala: “... Es más o menos de dos metros”.

“En cuanto a la estatura del peatón dice:

SECCION TERCERA

“...medía por hay uno con cuarenta o uno cuarenta y cinco (sic)...”.

“Al interrogársele sobre cual cree que es la razón pro la que algunos testigos han señalado que él sólo miró hacia arriba, responde:

“El hecho de mirar los retrovisores inmediatamente enfoco todo lo que hay alrededor de esos lados y yo miré perfectamente todos los lados...”. En cuanto a los testigos puedo decir:

“...supuestamente se encontraban lejos y es muy difícil determinar como que acción está haciendo la persona que estaba montada en el vehículo conduciendo ... o que se encuentre en la cabina de un vehículo porque se forma como una sombra oscura dentro de esa cabina... y en otro caso no es posible que una persona de esas vaya a determinar y enfocar directamente el conductor porque eso ocurren en cuestión de segundos de que yo miro hacia los lados y todo yo no me voy a quedar mirando un rato...”.

“Determina que las personas que estaban cerca le manifestaron que:

“...el viejito se le había metido imprudentemente a la volqueta así frente...” (léanse fls. 254 al 366 frte. y vto.)”.

“La versión ofrecida por el señor González, coincide plenamente con la indagatoria rendida ante el Juzgado Cuarto de Inscriminal, incluso en un aparte de la misma acredita igualmente que miró por los retrovisores del vehículo; dice:

“Uno cuando va a arrancar un carro siempre mira para todos los lados, yo miré a los retrovisores y los retrovisores quedan a ambos lados y no había nadie” (léase fl. 25 vto, prueba trasladada)”.

“El señor José Joaquín Rojas Armel en su declaración manifiesta:

“Yo muchas veces me encontraba por la calle, hace por hay en el 89 yo venía cierta vez por la carrera 15 hacia arriba y él me tomó la mano esa fue la primera vez que yo lo conocí y me dijo que le regalara veinte pesitos...”.

“Sobre su personalidad acredita:

“...pues en lo que a mí concierne y lo que me pudieron decir varias personas me parece que así era era (sic) como locatico” y agrega:

“...en otra ocasión en el parque de Bolívar de Santa Rosa de Cabal pues yo vi que el se atravesaba la calle 15 corrijo es la carrera 15... el fue a cruzar dicha carrera y a mi me tocó cogerlo de la mano y pasarlo al andén...” comenta.

“El comportamiento de él era sin ninguna estabilidad porque el andaba como tembloroso y era como loquito... y siempre miraba para allá y para acá y siempre pidiéndolo (sic) platica a uno”.

“Al interrogársele sobre si el señor Musinga se veía habitualmente acompañado señaló:

“Yo siempre lo veía sólo...” y comenta:

“...yo me imagino que no muy apto para pasar una calle sólo porque una vez frente a la Apolo 11 que queda en la carrera 15 con calle 19 yo venía con un amigo nosotros escuchamos el frenón de un carro cuando nosotros volteamos a ver el señor Musinga estaba parado frente al carro y entonces el conductor se bajó cogió el señor de una mano...” (léanse fls. 340 al 346).

“El señor Miguel Hernández O., señala sobre la personalidad del señor Marín:

“...En varias ocasiones me tocó ver que era tan despacioso para pasar las calles los carros tenían que frenar para no irlo a accidentar”. Agrega:

“...me pidió monedas y el enojaba sin (sic) no le daba” comenta también:

“...a mí me consta que en dos ocasiones hubo problemas para él cruzar la calle... a mí me tocó ver dos casos de tener que frenar el carro...”. Dice: “yo lo veía en la calle andando por ahí no le conocí oficio a él...”.

“Agrega que se le encontraba a cualquier hora del día y aún los domingos deambulando por las calles, y en ocasiones empleaba palabras soeces al referirse a las personas (léanse fls. 347 al 351)”.

“Aunque las declaraciones de los 3 últimos testigos citados fueron tachados por el apoderado de los demandantes, en término se presentó memorial exponiendo las razones por la que no debía prosperar esta tacha. Incluso en cuanto a las versiones ofrecidas por los dos últimos acerca de la personalidad de Marín Buitrago, el señor Alonso Herrera, persona completamente ajena al Municipio (pues trabaja en una compañía de Seguros, como así se acredita en el expediente) corrobora plenamente en su declaración lo afirmado por éstos”.

“En sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal, magistrado ponente, doctor Jairo Londoño, de fecha noviembre 15 de 1990, que vale la pena mencionar, se dijo:

“El perito designado en Inspección Judicial (42) rindió el dictamen de folio (45) en el cual consignó que la visibilidad era buena; que en el lugar las

SECCION TERCERA

condiciones eran desfavorables para el peatón porque la prelación la tienen los vehículos por tratarse de una calle y no de un andén, no existe demarcación de zona peatonal, ni semáforo, por lo cual el peatón debe tener máximo cuidado para cruzar; que el conductor después de hacer el *pare*, para proseguir debía inspeccionar si venían vehículos, pero no pudo ver la víctima que de acuerdo a lo observado *el accidente ocurrió por imprudencia imputable al peatón*, y anota por último, que es sabido por toda la ciudadanía y quienes conocieron al occiso que éste se moviliza a toda marcha” (fl. No. 232, hoja No. 6 de la sentencia).

“En otro aparte señala el Tribunal:

“La realidad procesal permite afirmar que el ofendido al llegar a la esquina no tomó las precauciones que el caso exigían, por la magnitud del automotor y el ruido natural que produce, debió prever que estaba pronto a arrancar de nuevo, por lo cual debió esperar que la vía estuviera despejada. -La maniobra del ‘*pare*’ estuvo correctamente realizada-. Se dijo en la providencia y lo alega la parte civil, que se salió demasiado a la carrera 15 superando la señal; pero esto no determina que deba efectuarse antes de las letras impresas en el pavimento, a no ser que exista semáforo y zonas peatonales demarcadas...” (fl. 23). Se concluye:

“...Existe prueba suficiente para respaldar la falta de culpabilidad en la conducta asumida por el procesado; si existió alguna omisión suya no tenía relación con la producción del evento, pues aún con suma diligencia el hecho se habría generado por la culpa evidente de la víctima quien, temerariamente, sin esperar que estuviera libre la vía, decidió cruzar la calzada pasando por delante del automotor, poniéndose en situación de peligro al no poder ser advertido...” (fl. 240, prueba trasladada).

“Aunque es evidente que la sentencia cuyos apartes se transcriben no limita en lo absoluto a esa honorable Corporación al proferir su fallo, vale la pena referirnos a la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a propósito del alcance de la sentencia penal en los procesos contenciosos”.

“...Las copias de las sentencias penales absolutorias proferidas dentro de los mismos procesos y allegadas debidamente autenticadas, al proceso de responsabilidad tienen efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa...”.

“Y la sala luego de una exposición sobre el tema concluye entre otros aspectos:

“...e) Pero cuando la responsabilidad de la Administración no puede escindirse de la conducta que observó su agente porque está subsumida íntegramente en la actuación de éste, la sentencia absolutoria, en cuanto define que el sindicato no cometió el hecho (y la Administración sólo actuó a través de su agente), o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, el valor *erga omnes* de cosa juzgada de la correspondiente sentencia penal tiene plena aplicación...” (Sentencia de noviembre de 1989, expediente 5573. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo).

“También se acreditó a través de la historia clínica por el servicio Seccional de Salud del Risaralda, que el paciente era hipertenso (quizás por el temblor que le observaron algunos testigos, hoja No. 6)”.

“En el año 1978 presentó (ACU) igual accidente cerebro-vascular hemorrágico (páginas 6 y 9), presentando luego como secuela secundaria un síndrome compulsivo (página 10). Hemiplería MID (miembro interior derecho), sin opción para rehabilitarse (página 10 de la historia clínica)”.

“En la página 14 de tal expediente se observa como dato curioso, que el paciente no reclamaba la droga y como todos sabemos un síndrome compulsivo de tal naturaleza puede conducir a un deterioro mental”.

“Bajo las condiciones descritas, es claro y está ampliamente demostrado que aunque la volqueta en que ocurrió el accidente era de propiedad del Departamento, había sido entregado para su uso al Municipio de Santa Rosa tiempo atrás, mediante contrato. Quien la conducía era empleado al servicio del Municipio y cumplía una actividad propia de dicha entidad territorial, por orden de la Secretaría de Obras Públicas de la localidad. Nada tenía entonces que ver el Departamento con la actividad que se desarrollaba en ese momento”.

“Pero además, el vehículo estaba en perfectas condiciones de mantenimiento, según se ha acreditado, el conductor hizo el pare correspondiente, obrando con la debida prudencia al mirar hacia arriba para ver si venían vehículos, y ambos lados por los retrovisores de la volqueta, la que permaneció encendida como es lógico produciendo su motor el ruido normal de ese tipo de vehículos, sin embargo el peatón imprudente, sin prever que la volqueta estaba pronta a arrancar, continuó su paso, junto al bómper de su vehículo que por su altura, impide ver a quien pase por el frente, máxime si como en el caso

SECCION TERCERA

que nos ocupa el peatón mide 1.50 o 1.55 y anda agachado por un impedimento físico”.

“Los testigos de la parte demandante han sido claros al afirmar que el peatón ya había iniciado su paso por la calle al reanudar la volqueta su marcha, así que aunque el conductor observó por los retrovisores, no pudo ver al peatón, porque para entonces ya había avanzado por delante del aparato sin que le fuera posible advertir su presencia y aunque algunos testigos afirman que había avanzado sólo dos pasos, tuvo que ser mayor su desplazamiento para que el impacto se hubiera producido, pues de otra forma el vehículo no lo hubiese embestido”.

“Así las cosas es obvio que la Administración debe indemnizar los daños cuando compromete su responsabilidad, incurriendo en una falla o falta del servicio”.

“Ha dicho el Consejo de Estado, que:

“El primer caso *...se presenta cuando un funcionario suyo en el ejercicio de sus funciones, con culpa grave o dolo de su parte causa un daño....* o cuando el Estado debiendo prestar un servicio no lo presta o lo hace con retardo, irregularidad o ineficacia. En este último evento supone, por una parte, la existencia de una obligación a cargo del Estado y por la otra, la infracción de esa obligación por omisión...” y continúa sin embargo de lo anterior, la experiencia ha demostrado que el atenerse al sólo criterio que podríamos llamar funcional deja por fuera muchos casos de evidente falla del servicio... por esto, los doctrinales han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no sólo en los casos en que la ley o el reglamento lo consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza, y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir...” (Sentencia 855 del 29 de junio 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Exp. 5225).

“En el caso que nos ocupa no puede colegirse por parte alguna la existencia de la obligación administrativa por parte del Departamento, la causa del accidente no fue propia de su servicio y además completamente ajena a su control. La administración no asume ni organiza el servicio Público que debe cumplir la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Santa Rosa de Cabal”.

“En todo caso, como la elección del régimen de responsabilidad es tarea que le corresponde realizar libremente al juzgador, según se ha dicho en reiterados pronunciamientos del honorable Consejo de Estado (léase expediente número 2825, actor, Jorge Arturo Herrera V., Sección Tercera). Bajo el régimen que pudiéramos llamar de responsabilidad común, o de falta o falla del servicio, es obvio que debe exonerarse a los entes públicos demandados, pues no se dan en el caso los elementos que lo configuran: una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación”.

“Para el caso de la Administración Departamental, ni siquiera la actuación era propia de sus funciones, no era suya, ni se realizaba en su nombre, pero además no existe un nexo causal entre la actuación y el daño causado, puesto que en el mismo intervino exclusivamente la culpa de la víctima”.

“Si llegara a escogerse el régimen de la falla presunta, igualmente habría que tomar en cuenta, en relación con la Administración Departamental, la actividad administrativa que se desarrolla le era completamente ajena”.

“Pero en todo caso que no hay lugar a comprometer la responsabilidad de los entes públicos demandados, puesto que se obró de manea prudente y diligente, presentándose ausencia de falla pues el perjuicio ocasionado con el vehículo automotor no guarda relación causal alguna con la falla del servicio que pretende imputársele a las personas públicas. En el caso objeto de controversias se presentó culpa exclusiva de la víctima”.

“Cabe anotar a propósito de los presuntos perjuicios morales que se reclaman para los hijos y los hermanos del señor Marín Buitrago, que en las declaraciones rendidas por Alvaro Obando Jiménez, Isaías Hurtado Aguirre, Fabio Zuluaga Mesa, Marino Gómez, Diego Arias Ceballos, no puede colegirse que se encuentran acreditadas las condiciones de convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración. La mayoría no vivían con el occiso y en detallés tan pequeños como acompañarlo a la calle en sus frecuentes salidas y reclamarle la droga necesaria para su tratamiento dado su estado, no estuvo presente esa familia que dice sentirse tan afectada por su ausencia (Los testigos señalan que la mayoría de las veces siempre estaba sólo por la calle y el médico acredita como ya se dijo que no reclamaba la droga)”.

“Vale la pena reproducir un aparte de la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo acerca del tema:

“...De manera que para decretar reparación por daño moral en favor de hermanos, la jurisprudencia ha venido exigiendo prueba de los vínculos

SECCION TERCERA

familiares -no sólo los de sangre- y, por lo tanto, afectivos con el occiso, sino que han exigido también acreditar las condiciones de: a) Convivencia; b) Familiaridad, y c) Mutua ayuda o colaboración..." (Sentencia 1175 de septiembre 8 de 1989. Consejero Ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Exp. No. S-062).

"Por las consideraciones expuestas solicito se confirme en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido por el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, de fecha diciembre 13 de 1991, y apelado en su oportunidad por la parte actora".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La sentencia será revocada, pues el *ad quem* no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el *a quo* y que le permitió llegar a la conclusión de que en el caso *sub examine* la víctima fue la causa única del daño.

A lo largo del proceso quedó debidamente demostrado, con los testimonios rendidos por José William Bedoya González, Juan Gabriel Serña y José Alpidio Londoño Urueña, que *el conductor del vehículo oficial, hizo el pare, pero el arrancar nuevamente, no se percató de que el ciudadano José Marín Buitrago atravesaba la vía.* En la indagatoria rendida por el sindicato Ignacio González Valencia se relata por éste la forma como ocurrieron los hechos para lo cual discurren en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"... al llegar a la carrera 15, hice el pare normal que siempre hay que hacer, miro hacia la derecha, hacia arriba a esperar que pasaran los carros normalmente y pasó una bicicleta; más arriba venían carros pero estaban aún lejos, yo coloqué la volqueta en segunda para arrancar, miré al frente y no había nada, arranqué, entonces cuando estaba arrancando no vi nada en el frente, cuando oí que me gritaban que parara y yo paré instantáneamente y creí que había cogido algún perrito, porque como la cabina es muy alta, no vi nada. Entonces, puse el freno de estacionamiento del carro y cuando me bajé vi un viejito que conocía de vista porque era muy inválido y cada rato había que ayudarlo a cruzar la vía, que se estaba arrastrando y bregándose a salir del lado izquierdo del carro hacía afuera, no se si estaría debajo del carro porque yo no lo encontré en esas circunstancias, yo le ayudé a acabar de salir y le pedí ayuda a unos que estaban presenciando, para subirlo a la volqueta y llevarlo al hospital.

"Yo tomé esa determinación porque lo vi vivo y me imaginé que lo había cogido con la volqueta yo no lo vi por ninguna parte, no se si fue que él se

tropezó y se cayó, o por lo pequeño que era no lo vi, pues el andaba gacho, según los testigos el viejito se metía de la parte de abajo, por esa razón no lo vi porque él se metió por el lado contrario al que yo estaba mirando...”.

La realidad anterior encuentra respaldo en lo expuesto por el perito de Tránsito señor Rubén Darío Osorio, quien al dar respuesta al Oficio número 0246 que le envió el Juez Cuarto de Instrucción Criminal, destaca las siguientes circunstancias particulares del caso:

“1. La visibilidad hacia el sitio donde partió el Peatón era buena.

“2. El peatón se encontraba en condiciones desfavorables ya que la prelación la tiene el vehículo por tratarse de una calle y no de un andén, además no existe allí zona demarcada como peatonal y no haber Semáforo que permita el libre desplazamiento del peatón.

“En esta circunstancia el peatón debe tener el máximo cuidado para cruzar la vía ya que la prelación es vehicular. Para tal efecto hay que tener en cuenta el artículo 121 del Decreto 1344 de 1970 del Código Nacional de Tránsito el cual transcribo a continuación:

“Artículo 121. El peatón al atravesar una vía lo hará por la línea más corta respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no viene ningún vehículo que ofrezca peligro para el cruzamiento.

“3. El conductor para proseguir la marcha después de efectuar el pare tiene preventivamente que hacer una inspección ocular hacia la parte opuesta para cerciorarse si en ese instante venía o no vehículo y así poder proseguir el cruce de la carrera 15 hacia la carrera 14, pero tal como se pudo ver en la reconstrucción de los hechos la estatura del occiso y la forma gacha como este caminaba no permitía la visibilidad al estar junto o delante de la volqueta ya que para el conductor tener visibilidad ante el occiso éste debería estar a una distancia de un metro con 0.50 centímetros o dos (2) metros delante de la volqueta.

“4. De acuerdo con lo que yo observé en el terreno el conductor no tuvo ninguna responsabilidad ya que en las condiciones como se presentó el accidente, la imprudencia puede ser imputable al peatón.

“Nota: Es bueno aclarar como es sabido por toda la ciudadanía y de quienes conocimos personalmente al occiso, que los desplazamientos de él se hacían a toda marcha y sin el mínimo de cuidado” (fl. 15, cdno. No. 5).

SECCION TERCERA

B. Dentro del marco probatorio anterior, resulta claro que *a la actividad de la víctima no se la puede considerar como la causa exclusiva del daño, pues el demandado estaba ejerciendo una actividad peligrosa y la víctima no. Pero la conducta de ésta resulta a todas luces culposa, pues teniendo la prelación el vehículo, y no existiendo zona demarcada como peatonal, no ha debido transitar tan pegado al mismo.* Por ello el perito de tránsito destaca muy bien:

... para el conductor tener visibilidad entre el occiso y éste debería estar a una distancia de un metro con 0.50 centímetros o dos metros delante de la volqueta (Resaltado de la Sala).

En la materia que se estudia el doctor Javier Tamayo Jaramillo, enseña:

“Cuando el demandado estaba ejerciendo una actividad peligrosa y la víctima no ejercía ninguna actividad que pudiera acarrear peligrosidad, creemos que el hecho parcial de la víctima tiene que ser culposo, para que pueda producirse una reducción del monto indemnizatorio... Creemos que si un peatón se desploma en medio de la vía y es arrollado por un automotor, ese hecho no requiere ser culposo para la exoneración total, puesto que el hecho de la víctima es causa exclusiva del daño. En cambio, si el peatón marcha normalmente por una acera, o atraviesa una calle, su hecho deberá ser culposo haya una reducción en cuanto al monto indemnizatorio, ya que el único que *a priori* estaba cometiendo una falta era el conductor, pues ejercía en ese momento una actividad peligrosa...” (De la Responsabilidad Civil, Tomo I, Temis, 1968, páginas 253 y ss.).

“Dentro de la misma perspectiva discurre el profesor Jorge Peirano Facio, cuando comenta:

“No obstante, ésta no es la orientación general de nuestra actual jurisprudencia que, en principio, se inclina en el sentido de que la concurrencia del hecho del ofensor o de la víctima no excluye la responsabilidad de la otra parte, a menos que dicho hecho concurrente sea exclusiva causa del daño; en este sentido se ha decidido que la culpa de la víctima no excluye la responsabilidad del ofensor, y que, a lo más, podrá limitar la extensión de esta última, estableciéndose que aún cuando haya mediado culpa de la víctima corresponde hacer que el ofensor la indemnice, si él también ha sido culpable” (Responsabilidad Extracontractual. Editorial Temis, p. 445).

Dentro de la anterior óptica jurídica resulta bien difícil aceptar que cuando el daño se produce por la explotación de una actividad peligrosa, la culpa sea

exclusiva de la víctima. Para la Sala esa posibilidad debe descartarse completamente.

C. Por lo que hace relación con la legitimación por pasiva, el *ad quem* encuentra que en el sub lite son solidariamente responsables del pago del daño, el Departamento de Risaralda, dueño del bien, y el Municipio de Santa Rosa de Cabal, que lo había recibido en Comodato. La cláusula décimo segunda, que se recoge en este último acto jurídico, y que exime de responsabilidad al primer centro de imputación jurídica, por los daños causados a terceros, no es oponible a éstos. El citado municipio resulta responsable porque en el momento de ocurrir la tragedia tenía el poder de control. El Departamento también lo es, porque para el sentenciador el comodatario no tenía, en puridad de verdad, un poder independiente de la voluntad del propietario.

En esta materia el profesor Javier Tamayo Jaramillo, en la obra ya citada, página 91, enseña:

“Daño causado a un tercero, cuando el propietario ha prestado la actividad peligrosa. Puede acontecer que el propietario de la actividad peligrosa la preste a otra para que la utilice en su propio beneficio. Consideramos que si el comodatario adquiere el poder de uso, dirección y control, será el responsable de lo que la doctrina francesa denomina guarda de comportamiento, pues los daños producidos por la guarda en la estructura seguirán siendo por cuenta del propietario. Este caso se presenta frecuentemente cuando el dueño de un vehículo lo presta a un amigo que causa daño a un tercero cuando lo está utilizando. En este caso, el conductor adquiere la calidad de responsable de la actividad, si tiene un poder independiente de la voluntad del propietario. No se puede, sin embargo, desgajar a priori, un principio general, pues habrá que analizar cada caso concreto para saber hasta qué punto el propietario se ha desprendido completamente de dicho poder. Si el dueño viaja en el mismo carro, bajo la conducción del tercero, creemos que el dueño es el guardián, pues de alguna manera dirige la actividad. Repitémoslo: es una cuestión de hecho en la que el juez investigar quién o quiénes tenían el control de la cosa”.

La verdad jurídica que se deja expuesta lleva al *ad quem* a condenar al Departamento de Risaralda y al Municipio de Santa Rosa de Cabal Solidariamente.

Las pretensiones en contra de la Compañía de Seguros La Previsora S.A. serán denegadas porque no se demostró la existencia del contrato de Seguro. Las fotocopias que obran a folios 151 y siguientes del Cuaderno número 1,

SECCION TERCERA

ampara riesgos por períodos anteriores y posteriores al momento en que ocurrió la tragedia. Es verdad que la apoderada de la citada compañía, al contestar la demanda, reconoce que el vehículo se encontraba amparado bajo la Póliza número AU.5445-95 Automóviles, con un valor asegurado para amparo de responsabilidad civil extracontractual de \$2.500.000.00 pero por mandato del artículo 1046 del Código de Comercio el contrato de seguro sólo se perfecciona y prueba por la póliza. Esta solemnidad *Adsubstantiam Actus* no puede ser reemplazada por ningún otro medio probatorio.

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

FALLA:

1. *Revócase* la sentencia calendada el día trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso del rubro y, en su lugar,

RESUELVE:

A. *Declárase* que el Departamento de Risaralda y el Municipio de Santa Rosa de Cabal son solidaria y administrativamente responsables, de la muerte del señor José Marín Buitrago, ocurrida el día siete (7) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del marco de circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron relacionadas en los considerandos de este proveído;

B. Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena al Departamento de Risaralda y al Municipio de Santa Rosa de Cabal, a pagar solidariamente, por concepto de Perjuicios Morales, las cantidades de oro que a continuación se indican y a las personas en listadas, así:

A Mariela Mesa López (esposa) quinientos (500) gramos de oro fino; a Gilma Inés, Germán, Luz Mary, Alberto, Gloria Patricia, Rubén Darío, Jaime y Raúl Marín Mesa (hijos), quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno;

A Elisa Buitrago de Marín, (madre) quinientos (500) gramos de oro fino;

A Javier, Jorge Guillermo, Luis Hernán, Nelson, Humberto Emilio, María Emilia, Cenia, María Esne de Ismenia Marín Buitrago (hermanos) doscientos 200 gramos de oro fino.

El pago de las anteriores cantidades de oro se hará en moneda nacional con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

C. Deniéganse las pretensiones formuladas en contra de la Compañía de Seguros La Previsora, lo mismo que las demás enlistadas en el *petitum*.

D. A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. Para tal fin se ordena la expedición de copias, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

2. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AEREO / RESPONSABILIDAD PRESUNTA / ACTIVIDAD PELIGROSA

No obstante el enfoque se le ha dado al presente caso para manejarlo con base en el régimen de responsabilidad extracontractual por falla en el servicio, dada la naturaleza del accidente causado en una operación aérea de transporte, hay lugar a presumir la responsabilidad patrimonial de la administración en cuyo caso innecesario se hace la valoración de las pruebas aportadas para probar o desestimar según cada parte, la existencia de una falla en el servicio generadora de la responsabilidad de la Comisaría demandada. Los avances tecnológicos de la aviación y de las ciencias relacionadas con la misma, que fueron allanando los riesgos de la actividad aeronáutica y permitieron predecir, prevenir y afrontar con las máximas seguridades los riesgos del aire, condujeron a la extinción de las tesis que asignaban al transportista aéreo una obligación de medio y no de resultado, y que los usuarios debían asumir los riesgos del transporte aeronáutico. No hay lugar a reconocer la fuerza mayor, por cuanto, de una parte, así se deduce de las normas del Código de Comercio reguladoras del transporte aéreo, concretamente los artículos 1003 y 1880, y de otra, la pretendida causal exonerativa carece de suficiente respaldo probatorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7301.

Demandada: Comisaría Especial del Vichada.

Actora: Flora Inés Almeida Bolívar.

Conoce la Sala del Casero de Apelaciones y Casación Civil y Comercial contra la sentencia de 29 de enero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se resolvió la demanda de indemnización de daños y perjuicios.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. Las pretensiones

En escrito presentado el 1º de marzo de 1990 ante el Tribunal Administrativo del Meta, Flora Inés Almeida Botívar, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Carlos Arturo, Rafael Enrique, Pedro Enrique, Richard y Leonardo López Almeida y Fabiola Jaramillo Yula, por conducto de su abogado, formularon demanda contra la Comisaría Especial del Vichada, para que hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"I. La Comisaría Especial del Vichada, es responsable de la ocurrencia de daños y perjuicios causados a Flora Inés Almeida Botívar y sus hijos Carlos Arturo, Rafael Enrique, Pedro Enrique, Richard y Leonardo López Almeida, con la muerte de Rafael Arturo López Jaramillo, ocurrido el día 26 de octubre de 1985, del avión Cessna HK 1657 G, el día 3 de mayo de 1985, como pasajero y piloto del Municipio de Puerto Carreño, y de pagarle a los demandantes la suma de \$ 10.000.000,00, a favor de la Comisaría Especial del Vichada.

"I.1 Condénase a la Comisaría Especial del Vichada a pagar a los demandantes de los demandantes:

"I.1.1 Daños morales. Con el equivalente en pesos de la suma de \$ 10.000.000,00, en ejecución de la sentencia, de mil gramos de oro fino en moneda de curso legal, e impuesta por el artículo 106 del Código Penal.

"I.1.2 Daños materiales.

"I.1.2.1 Por el valor de la frustración de la muerte y el sufrimiento ocasionado a su protector, capitalizado su valor para la liquidación de la indemnización, en las bases que se prueben en el curso del proceso.

"En el lucro cesante se incluirán sus frutos o intereses.

"Y, unos y otros, se indexarán en la forma, procedimiento y condiciones de ejecución de la Sentencia.

"En subsidio.

"I.1.2.2 Se les pagará el equivalente en pesos de la suma de \$ 10.000.000,00, en ejecución de la sentencia de cuatro mil gramos de oro fino, dos mil para la compañía

SECCION TERCERA

permanente (concubina) y dos mil para los hijos, dándole aplicación a los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

“1.2 La Comisaría Especial del Vichada, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos, 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“2. La Comisaría Especial del Vichada, es responsable de la totalidad de daños y perjuicios causados a Fabiola Jaramillo Villa, con la muerte de su hijo Rafael Arturo López Jaramillo, ocurrida en el accidente aéreo del avión Cessna HK 1657 G, el día 3 de marzo de 1988, en inmediaciones del Municipio de Puerto Carreño, y de propiedad (sic) de la Comisaría Especial del Vichada.

“2.1 Condénase a la Comisaría Especial del Vichada, a pagar a la señora Fabiola Jaramillo Villa, lo siguiente:

“2.1.1 *Daños morales.* Con el equivalente en pesos, de la fecha de *ejecutoria* de la sentencia, de mil gramos de oro fino, atendiendo a la limitación impuesta por el artículo 106 del Código Penal.

“2.1.2 *Daños materiales.* Los resultantes de la pérdida de la crianza, educación y establecimiento en la vida de su hijo Rafael Arturo López Jaramillo, así como de la frustración de la ayuda económica que éste le prestaba, en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en el curso del proceso debidamente reajustado su valor en la fecha de *ejecutoria* de la sentencia.

“En el lucro cesante se incluirán los intereses del capital representativo de la indemnización que, según el artículo 1615 del Código Civil se está debiendo desde el 3 de marzo de 1988 y se pagarán, lo mismo que el capital, en pesos de valor constante.

“*En subsidio*

“Si no hubiere en los autos bases suficientes para la determinación matemática de lo que valen la pérdida de la crianza, la educación y establecimiento en la vida y de su hijo, y de la frustración de la ayuda económica que la demandante recibía de aquél, el Tribunal, por razones de equidad, será servido de fijarlo en el equivalente en pesos de la fecha de *ejecutoria* de la sentencia, de cuatro mil gramos de oro fino, dándole aplicación a los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1987 y 107 del Código Penal.

“La Comisaría Especial del Vichada, dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo”.

2. *Los hechos*

De los relacionados en la demanda, se extractan como fundamentales los siguientes:

El jueves 3 de marzo de 1988, el Avión Cessna, Modelo A 185 F., matrícula HK 1657 G., de la Comisaría del Vichada, al cubrir la ruta entre “La Primavera” y Puerto Carreño, en cercanías a esta población se accidentó. El aparato era pilotado por Francisco Antonio Guauque Aravena, al servicio de la entidad demandada y con él viajaban Rafael Arturo López Jaramillo, Luis Antonio Mosquera Páez y Javier Jaramillo, todos al servicio de la Comisaría mencionada.

Se afirma en la demanda que la capacidad de la aeronave era para el piloto y tres personas, que al accidentarse iban seis ocupantes, que la avioneta había presentado antes fallas mecánicas y que el piloto padecía de grave enfermedad “que le podía causar la muerte en cualquier momento de su quehacer profesional”. El estado meteorológico era apropiado, la topografía de la región permitía superar una emergencia y a cuatro minutos de la estación el piloto se reportó normalmente. Como consecuencia del accidente fallecieron todos los ocupantes de la aeronave.

3. *Actuación procesal*

El apoderado de la entidad demandada al contestar la demanda sostuvo que “los demandantes carecen de derecho para accionar, habida cuenta de que la acción es prematura, porque no se ha agotado la vía gubernativa...” y que la acción “se debe ventilar ante los jueces civiles del circuito que son los competentes para conocer de esas controversias...”. Como excepción de fondo propuso la “inexigibilidad de la obligación”, por cuanto el seguro de vida instituido para los empleados “excluye otra clase de indemnización total y ordinaria”, a menos que se demuestre que hubo culpa de la administración en el accidente (Inciso 2º, artículo 52, Decreto 1848/69).

Cancelado el período probatorio, las partes alegaron de conclusión. La actora básicamente reitera los planteamientos de la demanda y reclama la responsabilidad de la administración bien por una falla probada del servicio, por una falla presunta o con fundamento en la teoría del riesgo excepcional. La demandada a su vez, considera que en el caso examinado se dio “un

SECCION TERCERA

imprevisto irresistible, como lo es la muerte fulminante, súbita del piloto de una aeronave monomotor en pleno vuelo...”, de donde concluye que se deben negar las súplicas de la demanda. Para el Fiscal del Tribunal las pretensiones de la parte actora no deben prosperar por cuanto se trató de un hecho imprevisible como lo fue la muerte repentina del piloto.

4. *La sentencia impugnada*

Consideró el *a quo* que en el caso sometido a su estudio “en ningún momento hubo negligencia de la entidad demandada, ni en el mantenimiento de la aeronave, ni en el equipo humano que dirigía la misma, ya que el tantas veces referido informe de la Aeronáutica Civil, muestra que tales componentes para la época de los hechos se adecuaban a los requerimientos exigidos... y efectivamente ésta es la verdad procesal, lo que hace negativas las pretensiones pues no se le puede establecer la responsabilidad de la Administración, ya que como se dijo, no existió descuido de la Comisaría; la aeronave tenía su certificado al día, lo mismo que su licencia y certificado médico del piloto; éste cumplía con todos los requisitos significando que la demandada como transportadora empleaba personal idóneo”. Concluyó el Tribunal con una decisión adversa a los demandantes.

Uno de los Magistrados del Tribunal salvó su voto al considerar que sí se daba en el presente caso una falla del servicio. Así mismo, plantea el tratamiento de este asunto conforme a la tesis del daño antijurídico, dado que “los demandantes no tienen deber jurídico para sufrir detrimento económico y moral alguno con ocasión del percance del avión...”.

5. *El recurso de apelación*

En escrito visible a folios 201 a 213 el apoderado de los demandantes recurrió en apelación para sostener que en el caso examinado se pueden aplicar la tesis de la falla del servicio o la teoría de la responsabilidad por riesgo. La primera por cuanto hay pruebas no valoradas por el *a quo*, “si el piloto no hubiera padecido la enfermedad anotada y dadas las excelentes condiciones de aeronavegabilidad que registró el Informe, entonces debió haber llegado a su destino, de ahí que, con base en la declaración recaudada... les permitió concluir que la causa del accidente se debió a Factor Piloto, Manejo de la Aeronave, por muerte súbita”. La segunda, o sea, la teoría del riesgo, la sustenta con base en providencia de 27 de febrero de 1992; Actora: Mercedes León de Parada, expediente 6798, con ponencia de quien ahora proyecta esta sentencia. Complementa la sustentación del recurso con algunos conceptos del profesor Alessandri Rodríguez al referirse a la Responsabilidad

Extracontractual en el Derecho Civil y concretamente al tratar lo relacionado con “la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva”, para concluir que en el *sub judice* debe revocarse el fallo impugnado y acceder a las súplicas de la demanda.

Al alegar de conclusión ante esta Corporación, la apoderada del ente demandado aduce como causal exonerativa de responsabilidad la muerte súbita del piloto, acontecimiento que enmarca como de fuerza mayor, a más de que la Comisaría Especial del Vaupés, “obró con sumo cuidado y diligencia por lo tanto no se le puede considerar responsable administrativamente”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, en este proceso se encuentra demostrado lo siguiente:

1. Que Rafael Arturo López Jaramillo y Flora Inés Almeida Bolívar procrearon extra matrimonialmente a Pedro Elkin (fl. 239), Richard Arlex (fl. 240), Carlos Arturo (fl. 241) y Rafael Enrique López Almeida (fl. 242), a quienes su padre no sólo denunció como sus hijos, sino que expresamente el padre los reconoció como sus hijos concebidos con la demandante.

2. Que Rafael Arturo López Jaramillo convivió en la misma casa con la demandante y sus hijos, quienes dependían económicamente de aquél, según las declaraciones que sobre el particular rindieron en este proceso Héctor Jiménez Ospina (fl. 112) y David Cáceres Guzmán (fl. 108).

3. Que Rafael Arturo López Jaramillo falleció el 3 de marzo de 1988 por *politraumatismo* en accidente aéreo (fl. 65) y que al fallecer se desempeñaba como Cadenero II, en la Comisaría Especial del Vichada, con un sueldo de \$51.314. mensuales (fl. 71).

4. Que el día 3 de marzo de 1988 se accidentó la avioneta Cessna, matrícula HK-1657-G, de propiedad de la Comisaría Especial del Vichada, en la cual viajaba como pasajero Rafael Arturo López Jaramillo (fls. 83-87).

5. Que el piloto Francisco Antonio Guauque Aravena se desempeñaba como piloto al servicio de la Comisaría Especial del Vichada desde el 1º de marzo de 1985 hasta el día del accidente, es decir, el 3 marzo de 1988.

Con las demostraciones que se acaban de relacionar la Sala considera que se debe revocar la providencia apelada para, en su lugar, declarar la responsabilidad administrativa de la Comisaría Especial del Vichada, hoy Departamento del Vichada, por la muerte en accidente aéreo de Rafael Arturo

SECCION TERCERA

López Jaramillo y proceder a las indemnizaciones de orden moral y material que puedan corresponderle a los demandantes.

Cabe advertir que al decidir el presente caso, no obstante el enfoque que se le ha dado para manejarlo con base en el régimen de responsabilidad extracontractual por falla en el servicio, dada la naturaleza del accidente causado en una operación aérea de transporte, hay lugar a presumir la responsabilidad patrimonial de la administración, en cuyo caso innecesario se hace la valoración de las pruebas aportadas para probar o desestimar, según cada parte, la existencia de una falla en el servicio como generadora de la responsabilidad de la Comisaría demandada.

Conviene recordar que nuestro país fue abanderado de la aviación comercial en el continente americano, a pesar de lo cual el desarrollo legislativo en cuestiones aeronáuticas fue imperceptible y de lento desarrollo. Sólo a partir del 1º de enero de 1972, al regir el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio vigente) la normatividad sobre navegación y transporte aéreo fue concordada y actualizada frente al derecho aeronáutico moderno y legalmente se consagraron principios normativos en algunos casos antagónicos a los criterios jurisprudenciales de la Corte, los que originaron variaciones en la posición jurídica de esa Corporación, acomodada a la nueva estructura legal del transporte aéreo.

Con anterioridad al actual estatuto comercial, regía un criterio equitativo frente a la responsabilidad aérea, para evitar que no se culpara sólo a las empresas por los accidentes de sus aviones, pero, a su vez, que aquellas no eludieran sus obligaciones indemnizatorias, ni el pasajero quedará sin defensa de sus derechos. Se consideraba entonces el transporte aéreo como un servicio público, la responsabilidad del transportador surgía del contrato de transporte y, por último, el pasajero asumía los llamados riesgos del aire, siempre que éstos no provinieran de fallas en la aeronave, tripulación, equipos, etc. El transportador se liberaba si demostraba ausencia de culpa, o sea, diligencia y cuidado, sin necesidad de probar como eximentes de responsabilidad, que el hecho se dio por fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima. Tal posición, sin embargo, frente a los avances tecnológicos de la aviación y de las ciencias relacionadas con la misma, que fueron allanando los riesgos de la actividad aeronáutica y permitieron predecir, prevenir y afrontar con las máximas seguridades los aludidos riesgos del aire, condujeron a la extinción de las tesis que asignaban al transportista aéreo una obligación de medio y no de resultado, y que los usuarios debían asumir los riesgos del transporte aeronáutico.

Los conceptos anteriores ya fueron plasmados por la Sala en providencia del 27 de febrero de 1992, con ponencia de quien proyecta esta Providencia, en la que además se sostuvo:

“En estas condiciones se llegó a la actual posición legislativa y jurisprudencial, derivadas de los artículos 1003 y 1880 del estatuto comercial, según los cuales el transportador aeronáutico responde por el daño ocasionado en caso de muerte o lesión del pasajero, para lo cual sólo se requiere demostrar que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualesquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a excepción de aquellos casos en los que el transportador compruebe que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas y, de otra parte, que los daños sucedieron por obra de un tercero, por culpa del pasajero o por enfermedad de éste no agravada por hecho atribuibles al transportador, según lo consagra el artículo 1003 del citado ordenamiento. Se consagró así la presunción de culpa del transportador aéreo y se le impidió alegar a su favor la fuerza mayor como excluyente de responsabilidad, por cuanto el artículo 1880 del C. de Co., al consagrar las causales de exoneración del artículo 1003 *ibidem*, expresamente omitió relacionar la fuerza mayor”.

De otra parte, como también se consideró en el fallo referido, si bien en el *sub judice* no se dio en forma expresa un contrato remunerado de transporte entre la Comisaría Especial del Vichada y los pasajeros de la avioneta accidentada, ello no impide que el caso se analice bajo el enfoque de un transporte benévolo o gratuito no necesariamente enmarcado en el plano contractual, comercial, pues conforme lo establece el artículo 995 del Código de Comercio, “el transporte benévolo o gratuito no se tendrá como contrato comercial sino cuando sea accesorio de un acto de comercio”, accesoriedad que no se presenta en el *sub judice*, donde lo que ciertamente se dio fue la prestación por parte de la Comisaría Especial del Vichada de un servicio público de transporte legalmente autorizado.

Cabe igualmente reiterar lo dicho en la providencia aludida, en el sentido de que no hay antagonismo, ni contradicción entre el régimen de responsabilidad extracontractual y la normatividad mercantil a que se alude en esta providencia. “En nada puede afectar a la acción ejercitada, -sostuvo la Sala- el que se complemente la estructura normativa constitucional inherente a la responsabilidad extracontractual del Estado, con las disposiciones especiales de un código que, como antes se refirió, condense la mejor experiencia, doctrina y actualización jurídica posibles en materia de legislación aeronáutica. Distinta sería la situación si las normas mercantiles modificaran el sistema de

SECCION TERCERA

la responsabilidad administrativa y patrimonial estatales, o si contrariaran los preceptos constitucionales citados, modificación y contradicción que en ningún momento se presentan por cuanto la parte actora se acoge al régimen de la responsabilidad extracontractual, en torno de ella ejercita la acción de reparación directa y sobre la misma se fundamenta el fallo que es objeto de consulta”.

Ahora bien, con respecto a la figura exonerativa de la fuerza mayor, planteada por la entidad demandada, considera la Sala que no hay lugar a reconocerla por cuanto, de una parte, así se deduce de las normas del Código de Comercio reguladoras del transporte aéreo; concretamente los artículos 1880 en concordancia con el 1003 del aludido ordenamiento; y de otra, la pretendida causal exonerativa carece de suficiente respaldo probatorio.

En las condiciones anteriores relacionadas concluye la Sala que hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa de la Comisaría Especial del Vichada, hoy Departamento del Vichada, por el accidente aéreo en el que perdió la vida el señor Rafael Arturo López Jaramillo y, por consiguiente, conforme a lo probado, procede indemnizar a los demandantes por los perjuicios recibidos.

Comparecieron a este proceso Flora Inés Almeida Bolívar en su condición de compañera permanente del occiso y madre de los menores Carlos Arturo, Rafael Enrique, Pedro Elkin y Richard Arlex López Almeida, concebidos con Rafael Arturo López Jaramillo. Estas personas acreditaron su estado civil y su dependencia económica mediante los testimonios de Héctor Jiménez Ospina y David Cáceres Guzmán, compañeros y amigos del occiso, quienes afirmaron en sus declaraciones (fls. 108 y 112), que Flora Inés Almeida Bolívar convivía bajo el mismo techo desde varios años atrás con la víctima y que la pareja concibió a los menores relacionados, quienes con su madre y la progenitora de la víctima, dependían económicamente del occiso. En tales condiciones estima la Sala que tanto Flora Inés Almeida Bolívar como sus hijos, deberán ser indemnizados por los perjuicios morales y materiales. No sucede igual con respecto a Fabiola Jaramillo Villa, quien se presentó al proceso como madre del occiso, pero cuya maternidad legalmente no acreditó por cuanto no se anexó ni el registro civil de nacimiento de la víctima, ni menos aún, el de matrimonio de la demandante, si es que lo hubo. Tal falta de legitimación en la causa por activa conlleva una decisión contraria a sus pretensiones.

Con respecto a la madre de los menores cuyos sentimientos y relación se infiere de los testimonios mencionados y del nacimiento de sus hijos denuncia-

dos por el propio occiso, la Sala considera razonable que la afectación moral se le compense con una suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino. Para los hijos del occiso, la tasación de los perjuicios morales se hará en equivalencia a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de ellos.

Con relación a los perjuicios materiales reclamados por Flora Inés Almeida Bolívar para ella y para sus menores hijos, cabe recordar lo expresado por la Sala en situaciones similares a la presente, donde se ha considerado que “legalmente no le corresponde calificar si se da o no una supuesta unión marital de hecho, por cuanto esa determinación es competencia de los Jueces de Familia según lo prevé la Ley 54 de 1990 y el ordenamiento procesal civil, sin que lo anterior sea impedimento para observar el comportamiento sociológico llevado a cabo entre José Didier Paz y Amparo Narváez, para deducir del mismo el interés jurídico y económico que le asiste a la demandante en su pretensión indemnizatoria, por cuanto la decisión que aquí se toma no trasciende los límites de este proceso.

“Es evidente que Amparo Narváez se dedicó con exclusividad al cuidado y asistencia del hijo procreado y se limitó para conseguir ingresos económicos independientes y personales, motivo que la llevó a depender y subsistir con el respaldo pecuniario que José Didier Paz le brindaba y del cual se vio privada por su fallecimiento.

“Toda vez que el reconocimiento indemnizatorio para la demandante se origina en la atención y cuidado que les prestaba a la víctima y a su hijo, tal conocimiento sólo tendrá vigencia hasta cuando el menor arribe a su mayoría de edad, cuando se presume que no requiere del apoyo material de su progenitora” (Sentencia de 15 de mayo de 1992, proceso número 6589, Actora: Amparo Narváez, Consejero Ponente: doctor Daniel Suárez Hernández).

Sentado lo anterior, se tomará como base económica para liquidar el monto indemnizatorio la suma de \$51.314 mensuales que devengaba la víctima al morir, según lo certifica el Jefe de Personal de la entidad demandada (fl. 71). De la suma anterior se descuenta un 25% que corresponde a los gastos personales del occiso. El 75% restante (\$38.485.5) se dividirá por partes iguales entre la compañera y cada uno de los hijos del occiso. Se tendrá en cuenta que éstos serán indemnizados hasta cuando arriben a su mayoría de edad y que el derecho de la madre finalizará cuando el menor de sus hijos cumpla 18 años de edad. No hay lugar a acrecimiento. A cada uno de los demandantes le corresponde una renta mensual de \$7.697.10.

SECCION TERCERA

Previamente debe actualizarse la renta mensual, con base en los índices de precios al consumidor vigentes en marzo de 1988 (86.05) y en marzo de 1993 (282.43).

Para ello se aplica la fórmula:

$$V_p = \frac{V_h \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$
$$V_p = \frac{7.697.10 \cdot 282.43}{86.05} = \$25.263.12$$

Indemnización debida.

Comprende desde la ocurrencia del hecho, hasta la sentencia, es decir, 60.6 meses. Se aplica la fórmula:

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

donde S, es la suma que se busca; Ra, la renta actualizada (\$25.263.12); i, es el interés técnico mensual (0.004867), y, n, corresponde al número de meses a indemnizar. Como la renta y el período indemnizatorio en este caso es igual para todos los demandantes, sólo habrá lugar a una sola operación.

$$S = \frac{25.263.12 (1 + 0.004867)^{60.6} - 1}{0.004867} = \$1.775.662.26$$

Valor de la indemnización debida para cada uno de los demandante:

\$ 1.775.662.26.

Indemnización futura.

Para Flora Inés Almeida Bolívar y Richard Arlex López Almeida (hijo menor).

Se utiliza la fórmula:

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

Cuyos componentes ya se explicaron.

En este caso n, corresponde al lapso comprendido entre la sentencia y el 27 de agosto del año 2004, cuando el menor llega a su mayor edad, es decir, 137 meses.

$$S = \frac{25.263.12 (1 + 0.004867)^{137} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{137}} = \$2.521.690.22$$

Para Carlos Arturo López Almeida.

Cumple su mayoría de edad el 6 de abril de 1997 y desde la sentencia hasta esa fecha transcurrirán 48.3 meses.

$$S = \frac{25.263.12 (1 + 0.004867)^{48.3} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{48.3}} = \$1.085.055.18$$

Para Rafael Enrique López Almeida.

Arriba a su mayoría de edad el 12 de enero de 1995 y hasta esa fecha habrán transcurrido 21.5 meses.

$$S = \frac{25.263.12 (1 + 0.004867)^{21.5} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{21.5}} = \$514.518.04$$

Para Pedro Elkin López Almeida.

Cumplirá 18 años el 24 de marzo del año 2.003. El período indemnizatorio será de 120 meses.

$$S = \frac{25.263.12 (1 + 0.004867)^{120} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{120}} = \$2.292.048.30$$

Resumen:

a) Flora Inés Almeida Bolívar.

Indemnización debida: \$1.775.662.26

Indemnización futura: \$2.521.690.22

	\$4.297.352.48
Suman	

SECCION TERCERA

b) Richard Arlex López Almeida.

Indemnización debida: \$1.775.662.26

Indemnización futura: \$2.521.690.22

Suman \$4.297.352.48

c) Carlos López Almeida.

Indemnización debida: \$1.775.662.26

Indemnización futura: \$1.085.055.18

Suman \$2.860.717.44

d) Rafael Enrique López Almeida.

Indemnización debida: \$1.775.662.26

Indemnización futura: \$ 514.518.04

Suman \$2.290.180.30

e) Pedro Elkin López Almeida.

Indemnización debida: \$1.775.662.26

Indemnización futura: \$2.292.048.30

Suman \$4.067.710.56

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

FALLA:

Primero. *Revócase* la sentencia apelada, esto es, la de 24 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

Segundo. Declárase administrativamente responsable a la Comisaría Especial del Vichada, hoy Departamento del Vichada, por la muerte del señor Rafael Arturo López Jaramillo, sucedida en accidente aéreo del 3 de marzo de 1988 en una avioneta de propiedad del ente demandado.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, la Comisaría Especial del Vichada, hoy Departamento del Vichada, pagará a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

a) Como indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino a cada una de las siguientes personas: Richard Arlex López Almeida, Carlos Arturo López Almeida, Rafael Enrique López Almeida y Pedro Elkin López Almeida, o a quien en cada caso sus derechos represente. A Flora Inés Almeida Bolívar se le pagará el equivalente a mil (1.000) gramos del mismo metal.

Los interesados deberán acompañar con la respectiva cuenta de cobro, la certificación del Banco de la República sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de este fallo.

b) Como indemnización por perjuicios materiales a Flora Inés Almeida Bolívar, la suma de cuatro millones doscientos noventa y siete mil trescientos cincuenta y dos pesos con 48/100 (\$4.297.352.48) moneda corriente; a Richard Arlex López Almeida, o a quien sus derechos represente, la cantidad de cuatro millones doscientos noventa y siete mil trescientos cincuenta y dos pesos con 48/100 (\$4.297.352.48) moneda legal; a Carlos Arturo López Almeida, o a quien sus derechos represente, la suma de dos millones ochocientos sesenta y mil setecientos diecisiete pesos con 44/100 (\$2.860.717.44) moneda legal; a Rafael Enrique López Almeida, o a quien sus derechos represente, la cantidad de dos millones doscientos noventa mil ciento ochenta pesos con 30/100 (\$2.290.180.30) moneda legal, y a Pedro Elkin López Almeida, o a quien sus derechos represente, la suma de cuatro millones sesenta y siete mil setecientos diez pesos con 56/100 (\$4.067.710.56) moneda legal.

Cuarto. *Niéganse* las demás pretensiones.

Quinto. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirá copia auténtica de esta sentencia, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION TERCERA

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Nota de Relatoría. Se reitera, además, lo dicho en sentencia de 27 de febrero de 1992, exp. 6798, actora: Mercedes León de Parada, Ponente doctor Daniel Suárez Hernández, sobre el tema de la responsabilidad en el transporte aéreo.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/INDICIOS

Se dio la falla en el servicio planteada por la parte demandante. En efecto, no obstante la ausencia de prueba directa sobre la ocurrencia misma de los hechos, obran en el plenario distintas informaciones procesales que por la vía indiciaria permiten deducir que el brutal comportamiento asumido contra la víctima, provino de miembros de la Policía Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7362.

Demandada: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Actora: Natividad Rodríguez de Gutiérrez.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante el cual se dispuso:

“1. Declárase administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por la muerte del señor Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez, ocurrida como consecuencia de las lesiones sufridas en la madrugada del 19 de diciembre de 1987 dentro de la jurisdicción del Municipio de Duitama, Departamento de Boyacá.

“2. Condénase a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales los siguientes rubros:

“a) A favor de Natividad Rodríguez Buelvas un mil (1.000) gramos oro según certificación sobre el valor del gramo de oro que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria del fallo de segundo grado;

SECCION TERCERA

b) A Ana Belén del Rosario Nieto Rodríguez, Emilda Regina Mejía Rodríguez, Patricia Helena Nieto Rodríguez y Martha Cecilia Nieto Rodríguez, respectivamente y para cada una el valor equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino según lo certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segundo grado;

“c) A favor de la menor Natalia Andrea Gutiérrez Nova, también por perjuicios morales, y representada en este proceso por su progenitora Ana Isabel Nova el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino según certificación que al respecto expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria del fallo de segunda instancia;

“d) Como perjuicios morales sufridos por la víctima en forma directa fíjase el valor de un mil (1.000) gramos de oro fino y a favor de sus legitimarios, en este proceso representados por la heredera Natalia Andrea Gutiérrez Nova quien actuó mediante la representación adjetiva ya comentada.

“3. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante, a favor de la menor Natalia Andrea Gutiérrez Nova la suma de siete millones ciento sesenta y dos mil trescientos setenta y cuatro pesos con ochenta centavos (\$7.162.374,80) debidamente actualizada a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segundo grado.

“4. Niégase el reconocimiento de perjuicios morales solicitados por Ana Isabel Nova González.

“5. La presente sentencia se ajustará en su valor conforme al artículo 176 del C. C. A. hasta el momento de su material e integración satisfactoria.

“En firme este fallo procédase a comunicarse al Ministerio Público y a la entidad demandada.

“6. Si la presente sentencia no fuere apelada consúltese con el superior”.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

En escrito presentado el 26 de septiembre de 1989 ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, las señoras Ana Isabel Nova González, quien actúa en su propio nombre y en representación de su menor hija Natalia Andrea Gutiérrez Nova, la sucesión de Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez, representada por su hija menor Natalia Andrea Gutiérrez Nova; de Natividad

Rodríguez Buevas de Gutiérrez, Edilma Regina Mejía Rodríguez, Belén del Rosario Nieto Rodríguez, Patricia Elena Nieto Rodríguez y Martha Cecilia Nieto Rodríguez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Declarar a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, administrativa y extracontractualmente responsable de la muerte del señor Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez.

“Segunda. Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar a cada uno de los demandantes, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro puro o fino, según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de la sentencia de segundo grado:

“1. Para Ana Isabel Nova González, Natalia Andrea Gutiérrez Nova y Natividad Rodríguez de Gutiérrez, un mil (1.000) gramos para cada una de ellas.

“2. Para Edilma Regina Mejía Gutiérrez, Belén del Rosario Nieto Rodríguez, Patricia Elena Nieto Rodríguez y Martha Cecilia Nieto Rodríguez, quinientos (500) gramos para cada una.

“Tercera. Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar a favor de Natalia Andrea Gutiérrez Nova en su condición de heredera de Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez y representante de la sucesión del mismo, los perjuicios morales sufridos por Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez entre el 18 y el 26 de diciembre de 1987 y que debido a su fallecimiento no puede cobrar en esta demanda, perjuicios que hago consistir en el equivalente en pesos colombianos de un (1.000) gramos de oro, según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de la sentencia de segundo grado.

“Cuarta. Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar a Natalia Andrea Gutiérrez los perjuicios materiales sufridos con motivo de la muerte de su padre, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

“1. El sueldo mensual que ganaba la víctima, Angel Manuel Gutiérrez en la empresa Sofasa, según lo que se demuestre en el presente proceso, más el 25% de prestaciones sociales.

SECCION TERCERA

“2. El cálculo de la vida probable de Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez, según las tablas de supervivencia certificadas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales o por la Superintendencia Bancaria.

“3. La edad de veinticinco (25) años de Natalia Andrea Gutiérrez.

“4. Actualizada la condena según la variación porcentual del índice de precios al consumidor para empleados existentes entre el 26 de diciembre de 1987 y el que exista cuando se produzca el fallo.

“5. La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Consejo de Estado.

“Quinta. La Nación, por intermedio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, la resolución correspondiente en la que se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará intereses sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia en la forma siguiente: comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término”.

2. Fundamentos de hecho

De los relacionados amplia y detalladamente en la demanda, la sala hace el siguiente resumen:

1. Luis Francisco Gutiérrez y Natividad Rodríguez procrearon legítimamente a Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez. A su vez Natividad Rodríguez concibió a Emilda Regina Mejía Rodríguez, Belén del Rosario Nieto Rodríguez, Martha Cecilia Nieto Rodríguez y Patricia Elena Nieto Rodríguez. De otra parte Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez y Ana Isabel Nova González procrearon extramatrimonialmente a la menor Natalia Andrea Gutiérrez Nova.

2. Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez era un dirigente cívico, líder sindical de Sofasa y fue dirigente de un paro cívico efectuado en Duitama el 16 de diciembre de 1987, para protestar contra el alza de servicios públicos.

3. Como varios participantes fueron detenidos por la fuerza pública, los dirigentes, entre ellos Gutiérrez Rodríguez, reclamaron su libertad y en especial la de unas menores de edad cuya presencia negaron las autoridades. Los manifestantes debieron dispersarse porque la Policía procedió a detenerlos.

4. En la noche del 18 de diciembre de 1987, Gutiérrez Rodríguez en compañía de Fidel Amado Paternina y dos compañeros, estuvieron tomando

y bailando en la discoteca El Zafiro, donde aquél se quedó dormido hasta la una de la mañana. Más tarde se dirigió al establecimiento denominado “El Balcón de los Sibaritas” donde no le abrieron por ser demasiado tarde. Luego bajó y se quedó dormido en las escaleras.

5. Al salir la dueña de este último establecimiento, aproximadamente de tres a cuatro de la madrugada, llamó a dos policías que iban en motocicleta, quienes recomendaron dejarlo en la puerta mientras traían un radio patrulla para llevarlo a la casa. La propietaria y otras personas, lo sacaron a la calle y lo recostaron sentado contra la pared, en tanto que esperaban el vehículo anunciado por los policías, y como no llegó, la dueña del lugar se dirigió al Cuartel de la Policía e informó que había dejado a Gutiérrez Rodríguez, para luego ir a desayunar con su hijo Jorge Hernando Abril, Jairo Zabala y el Cadete César Gómez a la plaza de mercado. Después del desayuno volvieron a pasar por el sitio donde habían dejado a Gutiérrez y allí no lo encontraron.

6. También en horas de la madrugada del mismo día, pasaban por “El Balcón de los Sibaritas” Germán Rincón e Irma Bayona, quienes encontraron a Gutiérrez sin zapatos, sin chaqueta, golpeado y tiritando, por lo que debieron llevarlo al apartamento de Irma Bayona donde le dieron tinto, pero el lesionado no podía retenerlo. En tales condiciones lo trasladaron a la Clínica Boyacá.

7. Ante la gravedad del lesionado, fue llevado a la Clínica del Seguro Social de Sogamoso y de allí a la San Pedro de Bogotá, en donde falleció el 26 de diciembre de 1987, “por contusión y laceración cerebral secundaria a trauma craneoencefálico”, al decir de Medicina Legal.

8. Según versiones de quienes estuvieron con Gutiérrez Rodríguez, los causantes de las lesiones fueron unos agentes de la Policía Nacional, entre ellos, uno apodado “El Cura”, quienes le reclamaban por su diligencia en el paro y lo golpeaban en la cabeza.

9. Los agentes de la Policía motorizados que no lo auxiliaron cuando Gutiérrez Rodríguez se encontraba dormido en “El Rincón de los Sibaritas”, no cumplieron con sus deberes constitucionales y legales, como no lo hicieron en el Cuartel después de ser avisados que lo habían dejado solo. No lo protegieron, no lo vigilaron pero sí lo abandonaron y permitieron en tal forma que fuese lesionado tan gravemente como para causarle la muerte. De otra parte, la propia víctima en su lecho de muerte acusó a un agente del F-2 apodado “El Cura”, de haberlo golpeado en compañía de dos agentes de la Policía Nacional.

SECCION TERCERA

10. Por la muerte de Angel Manuel Gutiérrez, sostienen los demandantes que se afectó moralmente la propia víctima y por tanto la sucesión debe percibir esa indemnización; también resultaron moralmente perjudicadas la compañera y la hija del occiso, su progenitora y sus hermanas. Como indemnización por perjuicios materiales, se dice en la demanda, que le corresponde tal reconocimiento a la menor Natalia Andrea Gutiérrez Nova, su hija.

3. Actuación procesal

Al contestar la demanda, la parte demandada se limitó a solicitar la práctica de algunas pruebas, sin referirse al fondo del asunto. Ya en la oportunidad para alegar sostuvo que no se demostró la petición de protección para el occiso, ni que los autores de los golpes dados a éste, fueran agentes de la Policía Nacional, a quienes en el proceso penal no se los inculpó.

La parte actora, en extenso escrito de alegación, básicamente reitera los planteamientos de la demanda y con base en análisis indiciarios llega a la conclusión de que los autores de las lesiones inferidas a Gutiérrez Rodríguez, fueron los agentes de la Policía Nacional. En cuanto a la indemnización por perjuicios morales, reclama el equivalente a 1,000 gramos de oro para la madre, la hija y la supuesta compañera del occiso, y de 500 gramos de oro para sus hermanas. Así mismo reitera el pedimento de perjuicios morales para la propia víctima fallecida, en razón del sufrimiento padecido antes de morir, cuya indemnización, se traslada a su heredera y representante de la sucesión Natalia Andrea Gutiérrez. Con respecto a los perjuicios materiales reitera su solicitud para que se le paguen a su hija, incluido el 25% de prestaciones sociales y hasta cuando cumpla 25 años de edad.

El Fiscal Primero del Tribunal también en un extenso concepto consideró que las pretensiones expresadas en la demanda debían prosperar.

4. La sentencia apelada

Considera *la quo* que las lesiones causantes del fallecimiento violento de Gutiérrez Rodríguez se encuentran suficientemente demostradas con las información clínica y médica legal aportada al proceso. Igualmente halló el Tribunal que la Policía Nacional había omitido el cumplimiento de uno de sus deberes, en los cuales habían confiado los ciudadanos informantes del estado y lugar donde se encontraba el occiso.

De otra parte, con fundamento en la información procesal de carácter testimonial, la Sala analiza y configura varios indicios que le permiten concluir

que los autores de las lesiones en la víctima fueron agentes de la Policía Nacional, uno de ellos mencionado por Gutiérrez Rodríguez como “El Cura” por razón de sus vestimentas oscuras. Las manifestaciones de los testigos acerca de lo manifestado por el lesionado antes de su muerte y las distintas comprobaciones recaudadas, llevaron al Tribunal a “admitir la imputación administrativa por el hecho, en cabeza de los efectivos del organismo de policía conforme a referencia planteada en la causa *petendi* de la acción”.

Las anteriores apreciaciones condujeron al *a quo* a sostener que tales hechos “condensan una típica y lamentable falla del servicio, no precisamente solo en función de la omisión argüida como en uno de los posibles extremos de la falla, sino por la censurable acción que conculca y cercena el fundamental derecho de los asociados, el derecho a la vida, de lo que además se genera y causa una pléyade de perjuicios en concurrencia a las situaciones objetivas, jurídicamente tuteladas por la ley y que como en el acápite siguiente se examinará, vulneran los intereses de los demandantes”.

Respecto de los perjuicios morales en la sentencia apelada se reconocieron en el equivalente a 1.000 gramos de oro fino para la progenitora del occiso y para su hija menor Natalia Andrea Gutiérrez Nova, y de 500 gramos para sus hermanas maternas, cuya afectación se encontró testimonialmente probada. En cuanto a los perjuicios morales del occiso, causados antes de su muerte, el *a quo* los reconoció en 1.000 gramos de oro, en favor de su propia sucesión.

Los perjuicios materiales fueron reconocidos y liquidados en favor de Natalia Andrea Gutiérrez Nova, hasta su mayoría de edad, por un valor total de \$7.162.374.80.

5. La apelación

La parte actora apeló de la sentencia de primera instancia para que se le reconozca a Ana Isabel Nova González el valor de los perjuicios morales sufridos por la muerte del padre de su hija y supuesto compañero, cuyos lazos de amor los deduce del mismo nacimiento de la hija. Recurre también para que la liquidación de perjuicios materiales se someta a las fórmulas y procedimientos utilizados por el Consejo de Estado, inclusive la actualización de los valores resultantes. En los demás aspectos solicita la confirmación del fallo apelado. En posterior escrito de alegación reafirmó más ampliamente las razones de su inconformidad con la sentencia de primera instancia.

La parte demandada en su alegato de fondo sostiene que el Tribunal atinó al denegar el reconocimiento indemnizatorio a Ana Isabel Nova por cuanto ella no era la compañera del occiso y con respecto a los perjuicios morales del

SECCION TERCERA

occiso reconocidos en favor de sus herederos, sostiene, con fundamento en pronunciamientos de la Sala, que los herederos “no podrán demandar indemnización por los perjuicios morales que se estima sufrió el de *cujus* porque estos son intrasmisibles y personalísimos, reconocibles sólo para compensar pecuniariamente el dolor que sufrió dicha persona y no otra, en otras palabras sólo a él se le compensa el precio de su dolor” (Sentencia de 8 de junio de 1991. Expediente número 6283. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala en el proceso se hallan demostrados los siguientes puntos:

a) Que Luis Francisco Gutiérrez Gómez y Natividad Rodríguez Buelvas contrajeron matrimonio (fl. 4) y procrearon a Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez (fls. 5 y 149);

b) Que Natalia Andrea Gutiérrez Nova es hija de Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez y Ana Isabel Nova González (fl. 10);

c) Que Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez trabajaba en Sofasa y devengaba la suma de \$65.449 mensuales;

d) Que Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez falleció el 26 de diciembre de 1987 y que en su cuerpo se encontró: “Equimosis en tercio medio de ambos antebrazos”; “Hematoma subgaleal parietooccipital izquierdo”; “Hematoma subdural en hemisferio derecho”. Hemorragia subaracnoidea difusa. Edema. Contusión severa con laceración de hemisferio derecho. Hay contusión lateral bilateral del tallo.

“Conclusión: se trata de un hombre de 35 años que fallece por contusión y laceración cerebral secundaria a trauma craneoencefálico” (fls. 11, 135 y 136, c. 2);

e) Que dos miembros de la Policía Nacional movilizados en motocicleta, fueron informados y personalmente observaron al occiso cuando dormía a la salida del establecimiento “El Balcón de los Sibaritos”, además de que autorizaron que lo ubicaran cerca de la puerta del aludido establecimiento, con la promesa de traer un radio patrulla para transportarlo hasta su casa. Tal auxilio sin embargo no se cumplió y no fue suficiente que se informara sobre el particular en el cuartel de policía, porque tampoco de allí acudieron para auxiliar a Gutiérrez Rodríguez. Las declaraciones de Julio Vicente Becerra (fls. 97-100), Mary Luz Higuera de Abril (fls. 101-104), Jorge Hernando Abril Higuera (fls. 104-107) y Jairo Zabala (fl. 130), acreditan las anteriores circunstancias;

f) Que después del intento fallido de las personas referidas para ayudar a la víctima, ésta fue objeto de criminal golpiza especialmente en su cabeza y lo encontraron en muy malas condiciones los testigos Irma Esperanza Bayona Rincón (fls. 83-85), Germán Alberto Rincón Chaparro (fls. 127-129) y Daniel Fonseca Corredor (fls. 132-133), quienes transitaban por el lugar y le prestaron los primeros auxilios en la residencia de la primera de los nombrados;

g) Que antes de encontrarlo golpeado, Gutiérrez Rodríguez se hallaba en buen estado de salud, según lo manifiestan William Ocampo Devia (fl. 113), José Laureano Becerra (fls. 108-109) y Jairo Zabala, además de otras personas con quienes ante de ser lesionado alcanzó a dialogar;

h) Que la víctima antes de morir manifestó a varias personas que el causante de su muerte había sido “El Cura”, un Agente de la policía llamado así por su vestimenta de color negro, quien en compañía de otros dos sujetos lo golpearon especialmente en la cabeza, reclamándole su participación en el paro cívico. Así se deduce de los testimonios de Diego Mario Gómez Gualdrón (fl. 122), Alvaro Porras Calderón (fl. 111) y Juan Eliseo Guevara Estupiñán (fl. 124).

Las comprobaciones anteriormente relacionadas permiten a la Sala concluir que en el cargo examinado sí se dio la falla en el servicio planteada por la parte demandante. En efecto, no obstante la ausencia de prueba directa sobre la ocurrencia misma de los hechos, obran en el plenario distintas informaciones procesales que por la vía indiciaria permiten deducir que el brutal comportamiento asumido contra Gutiérrez Rodríguez provino de miembros de la Policía Nacional.

Se dieron circunstancias antecedentes como la participación en el paro cívico realizado en Duitama el 16 de diciembre de 1987, en el cual intervino el occiso como miembro y directivo del Sindicato de Sofasa. Más adelante, luego de producirse el atentado, cuando se encontraba en la Clínica San Pedro Claver, “consciente” aunque desorientado en el tiempo, y en estado crítico de salud, la propia víctima relata a personas que lo acompañaron que los autores de las lesiones recibidas habían sido unos miembros de la Policía Nacional de servicio en Duitama, con referencia concreta a un policía apodado “El Cura” por razón de sus vestimentas oscuras, quien al parecer había hecho un cercano seguimiento, vestido de civil, de manera especial a quienes lideraban el movimiento cívico de protesta. Estas deducciones surgen de los testimonios rendidos en este proceso por Crisanto Jiménez, Mario Gómez, Juan Eliseo Guevara y Jairo Porras, respaldados además por las versiones rendidas en la investigación penal por Luz Marina Granados y Natividad

SECCION TERCERA

Rodríguez, antes de la iniciación de este proceso. Paralelamente con las circunstancias anotadas cabe resaltar cómo el agente Faustino Rodríguez Hurtado, era miembro del F-2, por consiguiente vestía de civil, no uniformado, y su vestuario coincidía en buena parte con el señalado testimonialmente para "El Cura".

A las consideraciones anteriores agrega la Sala la circunstancia muy diciente, de no haberse desvirtuado las manifestaciones hechas por el occiso, a más de que no se encuentran motivos valederos para desestimar el dicho de los declarantes mencionados, cuyos testimonios, por otra parte no fueron tachados por motivo alguno en el proceso, ni dejan ver un especial interés en involucrar a la Policía Nacional como ejecutora, por algunos de sus Agentes, de la conducta criminal que segó la vida de Gutiérrez Rodríguez, con desconocimiento pleno y descarado del deber constitucional de protección a la vida de los ciudadanos consagrado en la Carta de 1886 y reiterado con mayor alcance en el ordenamiento constitucional vigente.

Si como además de la falla en el servicio se demostró que la misma generó una serie de perjuicios en los demandantes, resulta en tales condiciones configurada la responsabilidad administrativa del ente demandado, conclusión a la que igualmente arribó *el a quo* y que, por consiguiente, deberá confirmarse.

Con respecto a la indemnización por perjuicios morales, les fue reconocida en la sentencia recurrida en beneficio de la progenitora de la víctima, su menor hija y a la sucesión, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino. Para la madre de la menor se le negó tal reconocimiento y a las hermanas de la víctima se las indemnizó con el equivalente en pesos a 500 gramos del mismo metal para cada una. Sin embargo, la Sala modificará parcialmente lo decidido en este sentido por *el a quo*.

Ningún reparo se formula frente a la tasación de perjuicios que para la madre y la hija del occiso se hizo en la sentencia apelada. No sucede igual, en cambio, frente al reconocimiento indemnizatorio para la sucesión, las hermanas y la madre de la menor demandante. Las dos primeras, por razón de su parentesco debidamente acreditado, se constituyen en beneficiarias incuestionables de la indemnización concedida. Para las demás, estima la Sala, se debe modificar la decisión impugnada, conforme a las siguientes apreciaciones:

La calidad de madre de la menor Natalia Andrea Gutiérrez, que ostenta Ana Isabel Nova González, respaldada no sólo en el registro civil de nacimiento, en donde figura como denunciante el propio Angel Manuel

Gutiérrez Rodríguez, quien además en el mismo documento hace el reconocimiento de su hija (fl. 10), aunada a los testimonios de Teresa Montes Ovalle y Angela Tobo Santiago, le permiten a la Sala deducir que entre el occiso y Ana Isabel Nova González, se dieron relaciones afectivas y sentimentales que a la muerte de aquél generaron sentimientos de aflicción y dolor cuya indemnización debe hacerse así sea a título especial de damnificada moralmente por el deceso violento del padre de su hija y compañero de sus relaciones sentimentales. Por este motivo la Sala estima razonable reconocer a su favor una suma equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino.

Con respecto a quienes se presentan como hermanas maternas de la víctima, con respaldo en los certificados notariales de nacimiento, complementados officiosamente por la Sala, si bien es cierto que tales documentales, en tratándose de probar dicha calidad adolecen de imperfecciones jurídicas, ello no impide que se las indemnice a título de damnificadas, toda vez que procesalmente se demostraron las relaciones afectivas y de cariño que permanentemente y desde pequeñas mantuvieron recíprocamente con Angel Manuel Gutiérrez Rodríguez. Sin embargo, en razón de las deficiencias probatorias advertidas y dada la razonable discrecionalidad de fallador para tasar este tipo de indemnización, se le reconocerá a cada una el equivalente a 400 gramos de oro fino.

En lo que respecta con la indemnización decretada en favor de la sucesión de la víctima, por los perjuicios morales que ésta alcanzó a padecer antes de su fallecimiento, considera la Sala que debe modificarse en tal aspecto la sentencia impugnada. Desde luego, la Sala entiende que en aquellos casos en los que entre la iniciación del daño y la muerte del lesionado transcurre un lapso durante el cual la víctima soporta los perjuicios morales, bien puede reclamar judicialmente la correspondiente indemnización. Sin embargo, si llegara a fallecer antes del reconocimiento judicial y pago de dichos perjuicios, a la sucesión le corresponderá percibir el monto indemnizatorio. Se requiere entonces que la víctima antes de morir haya acudido a la autoridad judicial en pedido de su indemnización. Distinta es la situación cuando, como en el caso examinado, la reclamación por el daño moral no la formuló en vida el occiso, sino que lo hacen sus herederos.

En este sentido, viene a propósito para el caso, la puntualización jurisprudencial que hizo la Sala, en sentencia de 18 de junio de 1991, expediente número 6283, actora: Aura Ligia Posada, donde con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se sostuvo:

SECCION TERCERA

“La Sala reitera la tesis que se expone en el fallo antes citado, en especial en torno a las consecuencias de la muerte instantánea y anota, en forma marginal:

“1. Los damnificados de una persona fallecida pueden demandar a la entidad responsable por el perjuicio que directamente sufrieron con el hecho y no por ser herederos de la que los sufrió. Se parte así del supuesto de que ese derecho a la indemnización no estaba radicado en cabeza de la persona fallecida, sino que tuvo su origen en la lesión que le causó directamente a la persona damnificada, quien, y sin que esto cambie el enfoque, puede tener además el carácter de heredera de aquella.

“2. Cuando una persona es lesionada por un hecho de la administración y fallece con posterioridad como consecuencia del mismo, pueden darse dos hipótesis bien diferenciadas, frente a sus herederos, así: a) Si ya había demandado la indemnización de perjuicios (morales y materiales) se procede el fenómeno de la sucesión procesal y sus herederos, de prosperar la demanda, tendrán derecho a lo que se le reconozca al de *cujus*, y b) Si no había demandado aún, sus herederos podrán reclamar, en su carácter de tales y para la sucesión, los perjuicios materiales que el causante sufrió hasta el momento de su fallecimiento. En cambio, no podrán demandar indemnización por los perjuicios morales que se estima sufrió el de *cujus* porque éstos son intrasmisibles y personalísimos, reconocibles sólo para compensar pecuniariamente el dolor que sufrió dicha persona y no otra; en otras palabras, sólo a él se le compensa el precio de su dolor.

“A este respecto la Sala comparte la opinión del profesor Jean Carbonnier para quien ‘el perjuicio resultante de los sufrimientos padecidos por la víctima es un perjuicio eminentemente personal; la acción de resarcimiento, fundada en ese daño, es una de las acciones *vindictam spitantes* que perece con la muerte de su titular (cf. art. 957, pfo. 2º, se presume la remisión, si se fallece sin haber intentado el ejercicio de la acción)’”.

Con respecto a los perjuicios materiales observa la Sala que el *a quo* liquidó en concreto la indemnización correspondiente con fundamento en el sueldo de \$65.449 certificado por Sofasa, del cual descontó el 25%; tomó como límite indemnizatorio la mayoría de edad de la menor y reconoció por prestaciones sociales un 25% del salario. Las liquidaciones respectivas se efectuaron con las fórmulas de matemáticas financieras utilizadas por la Sala, sin embargo, la liquidación por separado que se hizo de las prestaciones sociales obligan a efectuar una nueva liquidación.

Se demostró que el occiso devengaba en la época de su muerte la suma de \$65.449 mensuales, a los que se le agrega el 25% en que se estima el monto prestacional solicitado expresamente en la demanda, para un total de ingresos de \$81.811.25. De la suma anterior se descuenta un 50% que se supone dedicaba la víctima para sus gastos personales (\$40.905.62); el otro 50% (\$40.905.62) será el que servirá de base económica para liquidar la indemnización de la hija del occiso, previa su actualización de acuerdo con los índices de precios al consumidor vigentes en diciembre de 1987 (78.34), y marzo de 1993 (282.43), para lo cual se aplica la fórmula:

$$V_p = V_h \text{ Índice Final}$$

Índice inicial

282.43

$$V_p = 40.905.62 \frac{282.43}{78.34} = \$147.472.22.$$

78.34

Indemnización debida

Comprende desde la ocurrencia del daño (19 de diciembre de 1987), hasta el 25 de marzo de 1993, fecha de esta sentencia, es decir, 63 meses.

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

i

$$S = \frac{147.472.22 (1 + 0.004867)^{63} - 1}{0.004867} = \$10.841.969.28$$

0.004867

Indemnización debida: \$10.841.969.28.

Indemnización futura:

Comprende desde el 25 de marzo de 1993, hasta el 31 de marzo del año 2.002, es decir, 108 meses. En esta última fecha la menor alcanza su mayoría de edad.

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

i (1 + i)ⁿ

SECCION TERCERA

$$S = 147.472.22. (1 + 0.004867)^{108} - 1$$

$$0.004867 (1 + 0.004867)^{108} = \$12.364.593.85$$

Indemnización futura: \$12.364.593.85

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

FALLA:

Primero. *Confírmense* los numerales 1, 5 y 6 de la sentencia apelada, esto es, la de 19 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Segundo. *Modifíquense* los numerales 2, 3 y 4 de la sentencia impugnada, los cuales quedan así:

2. Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar como indemnización por perjuicios morales las siguientes cantidades de dinero:

a) Para Natividad Rodríguez Buelvas y Natalia Andrea Gutiérrez Nova, o quien sus derechos represente, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino, para cada una;

b) Para Ana Isabel Nova González el equivalente a quinientos (500) gramos del mismo metal;

c) Para Ana Belén del Rosario Nieto Rodríguez, Patricia Helena Nieto Rodríguez, Martha Cecilia Nieto Rodríguez y Emilda Regina Mejía Rodríguez, el equivalente en pesos a cuatrocientos (400) gramos de oro fino para cada una.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la ejecutoria de este fallo y los interesados acompañarán la certificación con la respectiva cuenta de cobro.

3. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar como indemnización por perjuicios materiales a la menor Natalia Andrea Gutiérrez Nova o a quien sus derechos represente, la suma de veintitrés millones doscientos seis mil quinientos sesenta y tres pesos con 13/100 (\$23.206.563.13) moneda legal.

Tercero. *Niéganse* las demás pretensiones.

Cuarto. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A.; expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Vehículo oficial / PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD / ACTIVIDAD PELIGROSA

La presencia de menores jugando sobre la vía, o en inmediaciones de la misma, imponen como medida máxima de prevención y de respeto hacia los derechos de los niños, que los conductores extremen su atención con miras a evitar lastimarlos. La Sala en distintas oportunidades ha sostenido que el daño ocasionado con elementos de suyo peligrosos, tales como vehículos automotores, aeronaves, armas de fuego, se adecua a una presunción de responsabilidad, frente a la cual el demandante debe acreditar el daño y la autoría de éste para que se radique en el autor de la conducta perjudicial la consecuencia jurídica indemnizatoria, salvo que el sujeto pasivo o demandado acredite que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima, hecho exclusivo de un tercero o fuerza mayor.

PERJUICIOS MORALES A TERCEROS

Entre quien figura como progenitora del occiso, y los demás accionantes, configuraban un grupo con características familiares evidentes, entre quienes se daban verdaderas relaciones de cariño y afecto, reafirmadas y consolidadas por la permanente convivencia bajo el mismo techo, circunstancias éstas de orden psicológico que permiten a la Sala, tener a los demandantes más que como parientes del occiso, como directamente afectados y damnificados con su muerte, para reconocer en su beneficio y como indemnización por los perjuicios morales recibidos una suma equivalente a la mitad del monto indemnizatorio usualmente reconocido para los padres y hermanos de la víctima.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Daniel Suárez Hernández.*

Ref.: Expediente número 7526.

Demandada: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

Actores: María Abigail Montoya Arenas y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 20 de marzo de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. *La demanda*

En escrito presentado el 11 de diciembre de 1989 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, la señora María Abigail Montoya Arenas, en su propio nombre y en representación de los menores Joaquín Alirio Zapata Montoya, Robinson Alberto Zapata Montoya, Wilson Arley Valencia Montoya, Leidy Astrid Valencia Montoya, José Norbey Montoya y Dayron Arley Montoya, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación- Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. La Nación-Policía Nacional, es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que se han ocasionado a los demandantes con la muerte de su hijo y hermano Omar Darlen Montoya, ocurrida el 12 de diciembre de 1987, en un accidente de tránsito, ocasionado por un vehículo conducido por el agente de la policía Nacional Arturo de Jesús Guzmán Mazo.

“1.1 Condénese a la Nación, a pagar a cada uno de los demandantes; María Abigail Montoya Arenas, Joaquín Alirio Zapata Montoya, Wilson Arley Valencia Montoya, Leidy Astrid Valencia Montoya, José Norbey Montoya, Dayron Arley Montoya y Robinson Alberto Zapata Montoya:

“1.1.1 *Daños morales*

“Con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro fino, máximo valor permitido por el artículo 106 de C. Penal.

SECCION TERCERA

“1.2 La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C. C. Administrativo.

“Todo pago, así lo ordenará expresamente el fallo, se imputará primero a intereses”.

2. Hechos

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, el 12 de diciembre de 1987, un vehículo de la Policía Nacional conducido por el agente Arturo de Jesús Guzmán Mazo, atropelló y le ocasionó la muerte al niño Omar Darlen Montoya, a la entrada del parque de Villa Guadalupe en la ciudad de Medellín. El vehículo, se dice en la demanda, iba a excesiva velocidad y no alcanzó a detenerse oportunamente, golpeando al menor con la parte delantera y luego arrollándole la cabeza con las llantas traseras del mismo.

3. Actuación procesal

En la oportunidad para contestar la demanda, el apoderado de la Nación-Policía Nacional solicitó la práctica de varias pruebas para “demostrar la ausencia de responsabilidad estatal por no estar acreditados los elementos axiológicos que configuran la *Falla* o *Falta del servicio público de Policía*”.

Con fundamento en las pruebas recaudadas, la entidad demandada en su alegato de fondo solicitó que “se exonere de responsabilidad Administrativa a la Nación - Policía Nacional o en defecto se disminuya proporcionalmente la indemnización a pagar en virtud de la llamada compensación de culpa” (fls. 132-136).

El Fiscal Tercero del Tribunal conceptuó que por tratarse de un daño causado con un vehículo automotor, la culpa se presume y como la Administración “no demostró la ocurrencia de algunos de los elementos eximentes de responsabilidad, debe indemnizar a los demandantes en los términos que lo solicitan” (fl. 140).

4. La sentencia apelada

Consideró el Tribunal, tras de referirse a la tesis de la falla presunta del servicio, que la posición absolutoria orientadora del trámite disciplinario, igualmente procede y resulta aplicable en este proceso, “aceptándose así que fue la actuación del menor la ocasionante del accidente y que ninguna falla en el servicio se le puede imputar a la Nación”. Luego de transcribir en lo pertinente los testimonios de los presenciales, concluye “que la Nación dentro del juicio demostró la ausencia de falla, logrando así formar en el criterio del juez la convicción de que el actuar administrativo fue prudente y diligente”.

5. La apelación

La parte actora apeló de la anterior providencia. Sostuvo que por la naturaleza del accidente se debió aplicar la presunción de falla y que la parte demandada debía demostrar la prudencia y diligencia de la administración para romper el nexo causal entre el hecho y el daño. Sin embargo, según el recurrente, el *a quo*, “una vez aceptada la ocurrencia del hecho, castiga la demandante con la obligación de acreditar la falla”.

La investigación disciplinaria adelantada por la policía, la considera “un modelo de improvisación”. La conclusión del fallo disciplinario la cuestiona por cuanto se fundamentó en las versiones del propio conductor, su amigo y acompañante y un tercero no presencial del hecho; de manera especial censura la trascendencia que el *a quo* le dio a la declaración del Agente Guzmán Mazo, conductor del vehículo, de quien critica sus antecedentes por ingerir licor en horas de servicio, a quien no le tomaron prueba de alcoholemia. Así mismo alude a otro accidente de tránsito anterior, y a las contradicciones que se encuentran en las distintas manifestaciones hechas sobre lo acontecido. Considera que la velocidad del automotor ocasionó el accidente y que por la edad del menor (7 años) de éste no se puede predicar culpa alguna. Por último alude al artículo 44 de la Carta Política, según el cual los *Derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*.

Al alegar de conclusión, la demandada sostiene que la culpa por el accidente debe imputársele a los demandantes “quienes sí descuidaron desafortunadamente en el cuidado del menor”. Pide la confirmación del fallo recurrido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la Sala no comparte el criterio del *a quo* en la sentencia apelada y, consecuencialmente, habrá de revocarla, para, en su lugar, declarar la responsabilidad administrativa de la Nación- Policía Nacional por la muerte del menor Omar Darlen Montoya en el accidente de tránsito procesalmente referido.

Estima la Sala que el mérito probatorio reconocido por el Tribunal a las versiones del conductor Guzmán Mazo, y de la estilista María Elena González Pérez, no son suficientes para desvirtuar la falla presunta de responsabilidad. Si bien es cierto que en fallo disciplinario resultó exonerado por sus superiores en la Policía Nacional, y según su dicho, también fue absuelto por la justicia penal que conoció del homicidio, tales decisiones, sin embargo, no comprometen ni limitan al juez Contencioso Administrativo para fallar.

SECCION TERCERA

Las anteriores observaciones permiten a la Sala efectuar un análisis crítico de las pruebas aportadas por la demandada para desvirtuar la presunción de responsabilidad planteada por la parte demandante, sobre las cuales, se repite, el *a quo* sustentó el fallo absolutorio.

Con respecto al testimonio del Agente de la Policía Arturo de Jesús Guzmán Mazo, conductor del vehículo oficial que ocasionó el fallecimiento del menor Omar Darlén Montoya, conviene destacar primordialmente el interés personal e institucional de mostrarle a la justicia que la culpa del accidente no se le debe atribuir a su comportamiento como chofer del carro causante del daño, sino a la conducta descuidada de la víctima. La necesidad de descargarse ante sus superiores, ante el Juez Penal y ante esta Jurisdicción de cualquier tipo de responsabilidad, se constituye en motivo suficiente para procurar acomodar los hechos en la mejor forma posible frente a sus propios intereses.

Además del referido interés que lleva a la parcialización de su dicho, la Sala encuentra hechos demostrativos de que en el accidente, por lo menos desde el punto de vista administrativo, no resulta redimida la responsabilidad del ente demandado por cuanto no solamente se evidencia una conducta culposa en el actuar del agente oficial, sino que tan solo se podría exonerar de responsabilidad probando fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, o, culpa exclusiva de un tercero. Así se precisó en sentencia de 24 de agosto de 1992; proceso de Henry Enrique Saltarín Monroy, Expediente número 6754, con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo.

No se explica la Sala cómo entre el testimonio rendido en este proceso y la versión suministrada en la investigación disciplinaria, así como frente a las demás declaraciones recaudadas, se presente una sustancial diferencia acerca del momento mismo del accidente. Se trata del bus que a última hora hizo aparecer el conductor Guzmán Mazo para explicar que el "único obstáculo en ese momento fue el de la visibilidad".

Esta extraña y sorprendente aparición del aludido vehículo, a la cual no se había hecho referencia en este proceso, ni en el disciplinario, por parte del agente conductor o de los presuntos presenciales, mengua la credibilidad de la Sala, dado que no resulta razonable la omisión de un dato tan importante y ostensible como lo era la presencia del bus para justificar un eventual obstáculo de visibilidad. La omisión de tal circunstancia en sus descargos y en los testimonios que respaldan su versión, conducen a la Sala a mirar con mucha reserva el contenido de su declaración.

Complementa lo anterior el hecho de que el conductor *hubiese visto* “dos menores por ahí a una distancia de cuarenta o cincuenta metros que jugaban sobre una especie de barranca o deslizamiento que había al lado izquierdo mío y uno de esos dos fue el que murió...”. De una parte, se pregunta la Sala, cómo logró ver a los menores jugando, si el bus precisamente le impedía la visibilidad y, de otra, cómo si los había visto, si era conocedor del sector, si la vía era estrecha, si en la cercanía había colegio, por qué, como medida de razonable prudencia no aminoró la velocidad del vehículo, la que, dadas las circunstancias anotadas, permitían prever una situación peligrosa, y hacía recomendable un manejo más prudente del automotor? Si como afirma el conductor Guzmán Mazo, alcanzó a ver a los menores a 40 o 50 metros, estima la Sala que en condiciones normales de prudencia y velocidad, hubiese podido evitar el accidente. La presencia de menores jugando sobre la vía, o en inmediaciones de la misma, imponen como medida máxima de prevención y de respeto hacia los derechos de los niños, que los conductores extremen su atención, con miras a evitar lastimarlos.

Con referencia a los otros testimonios, es decir, a los de Fabio Enrique Castaño López y María Elena González Pérez, el *a quo* desestimó el primero de los nombrados porque “la calidad de amigo que tenía con el conductor puede poner su relato favorable, por lo menos en entredicho”, apreciación acertada y que la Sala comparte y además complementa al advertir la intención ostensible de favorecerlo al señalar una velocidad de 25 kilómetros por hora, y manifestar que “el trató de esquivarlo”, cuando el propio conductor guarda silencio sobre el particular. Podría pensarse, si se aceptara esta versión, que contra lo dicho por Guzmán, éste sí advirtió la presencia del niño en la vía y “trató de esquivarlo”, lo cual desestabiliza totalmente la posición defensiva de la administración. En cuanto a la declaración de la estilista María Elena González Pérez, quien sin observar el momento mismo del accidente afirma que “vi pasar una camioneta azul a una velocidad normal”, la Sala advierte cómo es de relativo el concepto de “normal”, proveniente de una persona que se encuentra atenta al trabajo de peinadora, y cuyos conocimientos básicos para establecer la velocidad normal o anormal de un automotor no los tiene, o si los tiene, no los acreditó procesalmente. Esta última circunstancia, aunada a la forma repentina como pasó el automotor cuando la declarante se encontraba trabajando en su salón de belleza, permite a la Sala desestimar en tal sentido el dicho de esta testigo.

Si a los cuestionamientos anteriores se agrega lo manifestado por Rosa Margarita Torres en el sentido de que el vehículo oficial iba conducido a alta

SECCION TERCERA

velocidad, concluye la Sala que, en tales condiciones, no puede admitirse como desvirtuada la presunción de responsabilidad de la administración.

Ahora bien, la Sala en distintas oportunidades ha sostenido que el daño ocasionado con elementos de suyo peligrosos, tales como vehículos automotores, aeronaves, armas de fuego etc., se adecua a una presunción de responsabilidad, frente a la cual el demandante debe acreditar el daño y la autoría de éste para que se radique en el autor de la conducta perjudicial la consecuencia jurídica indemnizatoria, salvo que el sujeto pasivo o demandado acredite que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima, hecho exclusivo de un tercero o fuerza mayor, eximentes éstos de responsabilidad, cuya demostración, contra lo expresado por el Tribunal, no fueron debidamente probados en este proceso, deficiencia probatoria que le permite a la Sala reprocharle administrativamente al ente demandado el deceso violento de que fue víctima el niño Omar Darlén Montoya, quien por razón de su corta edad al momento de su fallecimiento no podía cometer culpas, como perentoriamente lo establece el artículo 2346 del C. C.

Al proceso acuden como demandantes la señora María Abigail Montoya Arenas en su condición de madre del menor fallecido, y Joaquín Alirio Zapata Montoya, Robinson Alberto Zapata Montoya, Wilson Arley Valencia Montoya, Leidy Astrid Valencia Montoya, José Norbey Montoya y Dayron Arley Montoya, como hermanos de Omar Darlén Montoya, quienes aportaron certificados sobre el Registro Civil de Nacimiento de cada uno, en algunos casos complementados con la fotocopia del Folio o Acta de Registro Civil, documentos que probatoriamente resultan insuficientes para demostrar la calidad de madre y hermanos del occiso, dado que de los certificados aludidos no se evidencia plenamente la maternidad de María Abigail Montoya Arenas, ni los lazos de consanguinidad maternos entre los menores demandantes y la víctima.

Sin embargo, sociológicamente resulta incontrovertible, y así se acredita en el proceso, que ciertamente entre quien figura como progenitora del occiso, y los demás accionantes, configuraban un grupo con características familiares evidentes, entre quienes se daban verdaderas relaciones de cariño y afecto, reafirmadas y consolidadas por la permanente convivencia bajo el mismo techo, circunstancias éstas de orden psicológico y sociológico que permiten a la Sala, tener a los demandantes más que como parientes del occiso, como directamente afectados y damnificados con su muerte, para reconocer en su beneficio y como indemnización por los perjuicios morales recibidos una suma equivalente a la mitad del monto indemnizatorio usualmente reconocido para

los padres y hermanos de la víctima. En otras palabras, a María Abigail Montoya Arenas se le reconocerá el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino y a cada uno de los demás demandantes el equivalente a 250 gramos del mismo metal.

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

FALLA:

Primero. *Revócase* la sentencia apelada, esto es, la de 20 de marzo de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. *Declárase* administrativamente responsable a la Nación-Policía Nacional, por la muerte del menor Omar Darlén Montoya, ocurrida en accidente de Tránsito, el 12 de diciembre de 1987 en la ciudad de Medellín.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación-Policía Nacional, a título de indemnización por los perjuicios morales ocasionados, pagará las siguientes sumas de dinero:

a) A María Abigail Montoya Arenas, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino;

b) A Joaquín Alirio Zapata Montoya, Wilson Arley Valencia Montoya, Leidy Astrid Valencia Montoya, José Norbey Montoya y Robinson Alberto Zapata Montoya, y Dayron Arley Montoya, o a quien sus derechos represente, el equivalente en pesos a doscientos cincuenta (250) gramos de oro fino, para cada uno.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia y los interesados deberán acompañar la certificación junto con la respectiva cuenta de cobro.

Cuarto. *Niéganse* las demás peticiones.

Quinto. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirá copia auténtica de esta sentencia, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

SECCION TERCERA

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO - Inexistencia

Fue el propio Gerente de la empresa quien por escrito dio a entender que no había solicitado protección policiva para los vehículos de la empresa, ni en especial para el vehículo perteneciente a los demandantes. La prueba testimonial enseña que los bomberos y los policías no pudieron afrontar la situación por la oposición violenta de los subversivos que quemaron el vehículo. La policía llegó con posterioridad a la iniciación del incendio y su acceso fue obstaculizado con objetos peligrosos, pero en todo caso compareció y pretendió establecer la normalidad para que los bomberos cumplieran su labor extintora, ya demorada por los subversivos. El transcurso de los incidentes y la imposibilidad de ingreso de los miembros de la policía y de bomberos facilitó el desarrollo del incendio hasta el punto de ser, en determinado momento, ya innecesario y sí decididamente riesgoso incursionar dentro de las instalaciones universitarias para proteger un vehículo destruido por el fuego.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ref.: Expediente número 7641.

Demandado: Municipio de Medellín y Universidad de Antioquia.

Actores: Juan Manuel y Ramón Elías Aguirre Castrillón.

Se procede a decidir sobre el recurso de apelación que la parte actora interpuso contra la sentencia de 29 de mayo de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

SECCION TERCERA

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. *La demanda*

En escrito presentado el 31 de mayo de 1989 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, Juan Manuel y Ramón Elías Aguirre Castrillón, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación, el Municipio de Medellín y la Universidad de Antioquia, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primero. Que la Nación, el Municipio de Medellín y la Universidad de Antioquia, son administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios que le ocasionaron a los señores Juan Manuel Aguirre Castrillón y Ramón Elías Aguirre Castrillón, por el incendio y destrucción del bus de su propiedad, de placas TI 50-94, en hechos ocurridos el día 20 de abril de 1989, en las instalaciones de la Universidad de Antioquia, de esta ciudad por fallas que cometieron en la prestación del servicio a ellos encomendado (omisión).

“Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior, se les condene al pago de las siguientes sumas: \$10.000.000 (diez millones de pesos) moneda legal, por el daño emergente, que corresponde al valor del bus; \$23.600 (veintitrés mil seiscientos pesos) moneda legal, correspondientes al dinero en efectivo que le quitaron al conductor del bus y a la que se incineró y \$26.500 (veintiséis mil quinientos pesos) moneda legal, de lucro cesante diarios, desde la fecha del insuceso y hasta el día en que se haga el pago efectivo, que corresponde al ingreso neto diario que hacía el vehículo al patrimonio de los propietarios; suma que deberá ser cuantificada al momento de la sentencia, y actualizada con base en la certificación que expida el Banco de la República, Departamento de Investigaciones Económicas, a solicitud del honorable Tribunal, es decir, indexada, con base en la inflación calculada de acuerdo con la variación en el índice de precios al consumidor publicada por el DANE y la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano. Además, los intereses legales correspondientes hasta el momento efectivo del pago.

“Tercero. Que se le dé cumplimiento a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, por parte de las entidades condenadas”.

2. *Los hechos*

De los relacionados en la demanda, el *a quo* hizo el siguiente resumen:

“El día 20 de abril de 1989, el bus TI 50-94, marca Chevrolet, modelo 1982, color amarillo, verde y blanco, de servicio público, afiliado a Transpor-

tes Castilla, perteneciente a ellos cubría la ruta ordinaria fijada por la Secretaría de Transportes y Tránsito de Medellín -del centro de la ciudad hacia el barrio Castilla-, cuando, al hacer su parada obligada en las inmediaciones de la Universidad de Antioquia, subieron 4 pasajeros; arrancó nuevamente el conductor, y cuando intentaba cobrarle al último de los pasajeros, observó que éste se cubría el rostro con una capucha y luego lo encañonaron con armas de fuego, obligándolo a seguir la marcha del bus. Al pasar por la entrada principal del centro educativo lo forzaron a penetrar allí con el bus y los pasajeros, para luego proceder a rociarlo con gasolina, ordenándole posteriormente al conductor que abriera la puerta de atrás para que bajaran los pasajeros, para después incendiarlo.

“Inmediatamente el conductor llamó a la Estación Metropolitana del Cuerpo de Bomberos y a la Comandancia Metropolitana de la Policía Nacional, con el fin de que se le prestara la debida protección y evitar que el bus se incendiara, quienes aparecieron a los 10 minutos, lo mismo que uno de los dueños del vehículo, Juan Manuel Aguirre C., quien solicitó que procedieran a apagarle el incipiente fuego antes de que lo consumiera; pero al intentar ingresar al Alma Mater, los celadores cerraron la puerta con candado, manifestando que tenían orden de no dejar entrar a ninguna persona y que además estaban amenazados.

“Las autoridades que se hicieron presente manifestaron que no podían hacer nada ahí y solo se dedicaron a desviar el tráfico vehicular. Hubo omisión en la prestación del servicio público por parte de la Policía Nacional, el cuerpo de bomberos del Municipio de Medellín y de los empleados de la Universidad de Antioquia, pues éstos fueron simples espectadores; no hubo siquiera enfrentamiento entre la fuerza pública y los estudiantes; los bomberos ni siquiera intentaron lanzar agua por encima de las rejas, pues el vehículo se encontraba cerca a la portería”.

3. *Actuación procesal*

Al contestar la demanda, la apoderada de la Universidad de Antioquia descarta la responsabilidad del centro docente por cuanto no se da el nexo causal entre el hecho y el daño, no se da la “imputabilidad material del resultado dañoso a la Universidad”. Consecuencialmente no surge en su contra la obligación de reparar (fls. 40-44).

El apoderado de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, solicitó la práctica de varias pruebas para establecer que no hubo falla del servicio de Policía por omisión. Sostiene que pedir la responsabilidad admi-

SECCION TERCERA

nistrativa por ese hecho “es pretender exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza”.

El Municipio de Medellín por conducto de su apoderado, solicitó la práctica de algunas pruebas y adhirió a las pedidas por al accionante.

Agotado el período probatorio, las partes presentaron sus alegatos de conclusión. La Universidad de Antioquia reiteró lo expresado en la contestación de la demanda: Dado que tal nexo no existe, que no hay imputabilidad material del resultado a la Universidad, la obligación de separar no surge para este Centro Docente”. La parte actora reitera los planteamientos de la demanda en el sentido de que sí se dio una falla en el servicio, se causó el daño y se dio un nexo causal entre éste y aquélla, lo cual estructura la responsabilidad de los entes demandados y genera la obligación indemnizatoria de los perjuicios causados, cuyo monto procesalmente se acreditó.

4. *La sentencia apelada*

Consideró el Tribunal, para negar las súplicas de la demanda, que no se presentó falla alguna del servicio por cuanto no se había solicitado protección policiva para los vehículos de la Empresa Transportes Castilla S. A., ni en concreto para el bus incendiado. Además agrega que el propio conductor no tuvo la precaución de llamar los Bomberos y la Policía, y cuando aquéllos llegaron el vehículo ya estaba quemándose, y no pudieron intervenir por la conducta agresiva de quienes se encontraban dentro de la Universidad. Los vigilantes de la Universidad tampoco pudieron actuar por las amenazas de que eran víctimas.

5. *La apelación*

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora apeló y para sustentar el recurso reitera que sí hubo falla del servicio y que además la sentencia impugnada contraría lo decidido por el propio Tribunal y el Consejo de Estado en el proceso de Juan C. Hernández Henao, donde se decidió una situación similar al caso examinado. Relieva el recurrente la actitud de los miembros de la Policía Nacional y del Cuerpo de Bomberos, quienes se limitaron, los primeros a coprotagonizar una pedrea y los segundos a observar la acción del fuego sobre el bus de servicio público, sin realizar esfuerzo alguno para hacer efectiva la protección debida al ciudadano.

6. *El concepto del Ministerio Público*

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, en su concepto de fondo, sostiene que en el *sub judice* no se demostró la falla del

servicio y, en consecuencia, no se puede predicar la responsabilidad extracontractual de la Administración. Considera que el fallo apelado debe confirmarse.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la sala el fallo recurrido habrá de confirmarse, dado que se adecua a una acertada valoración del material probatorio recaudado y acompasa con las orientaciones doctrinarias y jurisprudenciales impartidas acerca de la falla del servicio como generadora de la responsabilidad de la administración.

El recurrente fundamenta su descontento con la sentencia recurrida, argumentando que sí se dio la falla del servicio por cuanto “las autoridades de policía, como el Cuerpo de Bomberos, se hicieron presentes al lugar de los hechos en el preciso momento en que el automotor comenzaba a arder... La Policía Nacional concurrió oportunamente al lugar de los hechos pero... fue espectadora... coprotagonizó la pedrea... pero no protegió los bienes del ciudadano afectado...”.

Así mismo se apoya en la sentencia dictada por la Sala el 21 de marzo de 1991 en el proceso de Juan C. Hernández, con ponencia del señor Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta. Considera el impugnante que entre los hechos de dicho proceso y el *sub judice* se presenta “una identidad y correspondencia... pues se trata casi que de un hecho, repetido en el tiempo, con los mismos protagonistas, en el mismo lugar, es decir, las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar...”.

Observa la Sala que efectivamente le cabe razón al tribunal cuando concluye que no se dio falla del servicio generadora de responsabilidad atribuible a los entes demandados. Ciertamente fue el propio Gerente de la Empresa de Transportes Castilla S. A. quien por escrito dio a entender que no había solicitado protección policiva para los vehículos de la empresa, ni en especial para el vehículo perteneciente a los demandantes, por cuanto la prestación de dicho servicio la piden “Cuando se tiene conocimiento que van a existir problemas de orden público”.

Por su parte el Capitán de Bomberos informa que al enterarse del hecho, inmediatamente despachó dos máquinas para atender la emergencia, pero encontró con las puertas cerradas y fueron repelidos grosera y violentamente por quienes se hallaban dentro de los predios universitarios atizando el incendio del bus. Tal situación los hizo replegarse. Relató que a su arribo a la Universidad no había policía y que por radio solicitó personal de dicha institución, el cual llegó como a los 8 o 10 minutos, sin que pudieran ingresar

SECCIÓN TERCERA

o facilitar el ingreso de los bomberos en razón, se repite, de la actitud belicosa de quienes quemaban el automotor. La prueba testimonial, en términos generales, enseña que los bomberos y los policías no pudieron afrontar la situación por la oposición violenta de los subversivos que quemaron el vehículo.

De otra parte, está demostrado que la Policía llegó con posterioridad a la iniciación del incendio, que su acceso fue obstaculizado con objetos peligrosos, pero que, en todo caso compareció y pretendió establecer la normalidad para que los bomberos cumplieran su labor extintora, ya demorada por los subversivos. Cabe recordar que en el transcurso de los incidentes y la imposibilidad de ingreso de los miembros de la Policía y de Bomberos facilitó el desarrollo del incendio hasta el punto de ser, en ese determinado momento, ya innecesario y sí decididamente riesgoso incursionar dentro de las instalaciones universitarias para proteger un vehículo destruido por el fuego. Las condiciones relacionadas y procesalmente acreditadas desvirtúan la falla del servicio y, por consiguiente, no permiten declarar la responsabilidad de las entidades demandadas.

Ahora bien, en cuanto respecta con la sentencia que le sirve al apelante de comparación y apoyo de su impugnación, observa la Sala que si bien en algunos de los hechos se presenta similitud entre aquel proceso y el que ahora se examina, ambos, sin embargo, no son idénticos en dos aspectos básicos y definitivos para la solución jurídica de cada controversia. En efecto, para lo acontecido en el caso de Juan C. Hernández y en el de la providencia citada en dicho fallo, se dieron factores y circunstancias desestabilizadoras de la tranquilidad y la paz públicas, originadas por algunos estudiantes y extraños a las aulas, a más de que los transportadores se habían quejado a las autoridades, se reunieron con ellas y recibieron la promesa formal de apoyarlos y protegerlos, con especial énfasis en esos días de agitación social y pública. Frente a estas situaciones manifiestamente distintas, mal podía el Tribunal producir idénticos pronunciamientos. Por esta razón la Sala desestima los planteamientos del impugnante y, en cambio, respalda las sentencias recurridas en cuanto negó la súplica de la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, esto es, la de 29 de mayo de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DAÑO ANTIJURIDICO / RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacer uso de ellas. La sola circunstancia de que un piedra se desprende de las alturas y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una Antijuridicidad objetiva, máxime cuando la administración conocía y conoce el universo del peligro en el sitio en que ocurrió la tragedia. La circunstancia de que existan señales de peligro no exime de responsabilidad a la administración, salvo que se demuestre que la víctima incurrió en una culpa que fue determinante del hecho. Defender la tesis contraria implicaría aceptar que el lesionado estaba obligado a soportar el perjuicio, y ello no está ordenado en ninguna norma. Por ello se enseña que la antijuridicidad del perjuicio existe siempre que las leyes no imputen a la propia víctima los efectos de una determinada acción administrativa.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Ref.: Expediente número 7781.

Demandada: La Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Actora: María Elena Enciso de Ramírez.

I

Agotada la tramitación procesal de ley sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el señor Procurador Delegado y los apoderados de ambas partes, contra la sentencia calendada el día veintiséis (26) de junio de mil

novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutive,

DISPONE:

“1º. Declárese administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vial Nacional, de la muerte del señor Jorge Alberto Ramírez Enciso, ocurrida el día 3 de mayo de 1987.

“2º. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vial Nacional, a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales los siguientes valores:

“a) Para la madre señora María Elena Enciso de Ramírez el equivalente de un mil (1.000) gramos de oro;

“b) Para el hermano señor David Ramírez Enciso, el equivalente de quinientos (500) gramos de oro.

“3º. Condénase a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vial Nacional-, a pagar a la señora María Elena Enciso de Ramírez, los perjuicios materiales sufridos a consecuencia de los hechos establecidos en esta providencia, los que se liquidarán conforme al trámite del artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las pautas trazadas en este proveído.

“4º. Las sumas que resultaren liquidadas como monto de los perjuicios materiales devengarán intereses comerciales corrientes dentro de los primeros seis (6) meses a la ejecutoria del fallo, o que aprueba la liquidación según el caso, de allí en adelante intereses de mora. Igual condena se hace respecto de los perjuicios morales reconocidos.

“6º. (Sic) Para el cumplimiento de este fallo dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C. C. A.” (fls. 154-155, cdno. número 1).

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

“Los señores María Elena Enciso de Ramírez y David Ramírez Enciso, instauran mediante apoderado judicial demanda en acción de Reparación Directa, contra la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional, con el fin de obtener se declare la responsabilidad de la Nación, por los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de su hijo y

SECCION TERCERA

hermano Jorge Alberto Ramírez Enciso, ocurrida el 3 de mayo de 1987, debido a la caída de una piedra sobre el vehículo en que viajaba de Buenaventura a Cali, a la entrada del túnel 5 de dicha carretera.

“Consecuencialmente se condena a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte y Plan Vial Nacional, a pagar por concepto de daños morales, a cada uno de los demandantes el equivalente en pesos de mil gramos de oro a la ejecución de la sentencia.

“Por concepto de perjuicios materiales, lo que cueste el pleito como empobrecimiento consecuencial al hecho fundamental de la demanda, como un daño, incluyendo el valor de los honorarios, fijado al monto dando aplicación a los artículos 4º y 8º de la Ley 153/87 y 164 del Código de Procedimiento Civil.

“Que a la demandante además se reconozcan los perjuicios resultantes del valor de la crianza, educación y establecimiento en la vida del hijo fallecido; de la frustración de la ayuda económica que de él venía recibiendo y de la pérdida del derecho alimentario, abstractamente considerados, perjuicios que solicita se paguen por el monto que se pruebe en el curso del proceso, junto con sus intereses, que demandan como parte del lucro cesante, y en pesos de valor constante en relación con la evolución del índice nacional de precios al consumidor.

“En subsidio solicitan, que si no hubiere bases suficientes en el expediente para hacer la liquidación matemática de lo que valen los anteriores perjuicios en todos o alguno de sus aspectos, se fijen en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos de oro con aplicación de los artículos 4º y 8º de la Ley 153/87 y 107 del Código Penal.

“Que la parte demandada dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“Como hechos fundamentales de su *causa petendi* narra los siguientes que bien pueden sintetizarse así:

“Que la Nación es propietaria de la carretera que bordeando la margen derecha del río Dagua, lleva de Cali y Buga a Buenaventura, construida con recursos del Fondo Vial Nacional, y que cuenta en su recorrido de Loboguerrero a Buenaventura con cinco túneles.

“Que el 3 de mayo de 1987, en dirección Buenaventura-Cali, a la entrada del túnel cinco cayó una piedra y mató al señor Jorge Alberto Ramírez Enciso,

quien venía en carro en compañía de Carlos Arturo Valencia (conductor), Carlos Giraldo y Eliana Pérez.

“Que el hecho sucedió porque faltan cincuenta metros más de túnel del lado de Buenaventura que proteja a los usuarios de la vía de las piedras que constantemente caen en el lugar que convierten el sitio en peligroso, donde se cuentan los accidentes por decenas desde que se construyó la carretera.

“Que ante lo crítico del lugar el Ministerio suele tener allí un empleado con un trapo rojo que hace señales cuando están cayendo las piedras, pero que el 3 de mayo de 1987 no estaba allí.

“Que el señor Jorge Alberto Ramírez Enciso nació el 5 de agosto de 1953, y era hijo de María Elena Enciso de Ramírez, nacida el 13 de junio de 1934 (54 años de edad y 26 más de vida probable), quien le sobrevive junto con su único hermano David.

“Que Jorge Alberto Ramírez Enciso era publicista y trabajaba con Contacto Publicidad con sueldo básico de \$275.000 mensuales y comisiones que, junto con prestaciones constitutivas de salario llevaban sus ingresos a más de quinientos mil pesos mensuales, cuya mitad por lo menos empleaba en el sostenimiento de su madre viuda, y un 25% de su único hermano incapacitado para trabajar debido a quebrantos crónicos de salud, y a que estaba estudiando.

“Al proceso se le ha dado el trámite que le corresponde y agotado como se encuentra es el momento de decidir en el fondo y a ello se procede dado que no se observa causal de nulidad alguna ni reparos que formular respecto de los presupuestos procesales, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

“Las pretensiones como bien se deduce del *petitum* y *causa petendi* se encaminan a obtener se declare la responsabilidad extracontractual del Estado en razón de la muerte del señor Jorge Alberto Ramírez Enciso, ocurrida el día 3 de mayo de 1987, debido a la caída de una piedra sobre el vehículo en que viajaba de Buenaventura a Cali, a la entrada del túnel número cinco de dicha carretera.

“Se persigue en este evento se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, pues se le endilga conductas omisivas que han generado perjuicios cuyo resarcimiento se impetra.

SECCION TERCERA

“En efecto, expresa el libelo en sus hechos que el día 3 de mayo de 1987 acaeció la muerte del señor Jorge Alberto Ramírez Enciso, a consecuencia de la caída de una piedra a la entrada del túnel cinco, en la vía que de Buenaventura conduce a Cali comúnmente denominada Cali-Loboguerrero-Buenaventura, y que este hecho se debió a la falta de más de 50 metros de túnel que proteja los usuarios de la vía de piedra que caen de manera constante en dicho lugar.

“Se expresa por lo demás que esa zona es particularmente de alto riesgo y alta peligrosidad circunstancia que es conocida por las autoridades de tránsito y transporte del país, así como el Distrito de Obras Públicas número 18 con sede en Palmira, y el Director de Carreteras Nacionales, sin que se haya hecho nada para conjurar el peligro.

“De lo expresado se deduce que el fundamento de la pretensión es la falta del servicio, lo que conduce a examinar si en el evento se configura tal responsabilidad.

“De acuerdo a reiterada jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, son presupuestos fácticos de la responsabilidad del Estado por falla del servicio:

“a) Un hecho, operación, omisión, retardo, irregularidad, que constituye la falta o falla del servicio;

“b) Un daño o perjuicio, que debe ser real y cierto;

“c) Una relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el perjuicio causado.

“En tratándose del primer presupuesto, precisa establecer que en la demostración de este elemento no se hace necesario indicar un agente determinado como autor material de la conducta negligente o imprudente, hasta la demostración de la falla funcional orgánica o anónima del Estado, pues ésta es objetiva.

“En el caso materia de estudio se alega como falla del servicio la omisión en que incurrió la Nación - Fondo Vial Nacional, al no haber hecho las previsiones necesarias para eliminar el riesgo o peligro que constituía para la vida de los transeúntes de la vía Cali-Loboguerrero-Buenaventura, a la altura del túnel 5, zona que se expresa ha constituido siempre tramo de alta peligrosidad, por la constante caída de piedras.

“De la prueba regular y oportunamente allegada a los autos se deduce la demostración plena del accidente que culminó con la muerte de Jorge Alberto Ramírez Enciso, el que de acuerdo a los testigos presenciales señores Carlos

Humberto Giraldo y Arturo Valencia (fls. 24 a 30 y 67 a 74, cdno. número 2), se debió a la caída de una mole de piedra que hizo impacto con el vehículo en que viajaban en dirección de Buenaventura a Cali, precisamente por el lado en que el occiso se encontraba, lo cual ocurrió en la entrada del túnel 5.

“Se constató además con la inspección judicial que la zona donde se encuentra el túnel es de alto riesgo, pues como se dejó allí constancia a simple vista se observa la constante caída de piedra sobre la vía. Por lo demás se pudo constatar que existen en el sitio, colocados con posterioridad al accidente, señales de prevención de peligro por caída de piedra.

“Por su parte, el dictamen debidamente fundamentado, practicado anexo a la inspección judicial e ilustrado con fotografías que el despacho da fe corresponden al lugar, dan cuenta de la composición del lugar cuando expresa:

“También se observó la composición pedregosa suelta del terreno de talud y su ángulo de talud de 70°, describe por sí solo lo escarpado del terreno, compuesto por diabasas muy fracturadas de la formación volcánica, erosionada con la presencia de cuñas de roca de variados tamaños” (fl. 73, cdno. número 3).

“Así mismo establece el dictamen de alto grado de peligrosidad del lugar y de la construcción de un falso túnel de una longitud de 20.10 metros hacia el portal occidental (lugar del accidente), medida que tuvo como finalidad la protección de los usuarios de la vía, pero que resultó insuficiente, puesto que requería de mayor longitud y por ello continúa la caída de rocas sobre la vía.

“En igual sentido, el estudio de Ingeominas, que en copia auténtica se presentara, presenta el sitio como uno de los inestables a lo largo de la vía, Cali-Loboguerrero-Buenaventura, circunstancia que ha imperado de tiempo atrás.

“Existen antecedentes de otra muerte (fls. 118-119), en el mismo lugar y en iguales circunstancias (octubre 30-87) y casos menores de daños de vehículos (fl. 89).

“Se acreditó además que la carretera en cuestión está adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transporte atendida con los fondos recaudados por concepto de peaje, que de conformidad con el Decreto 153/70, se asignan al Fondo Vial Nacional, para la administración de las vías de peaje.

“Del análisis conjunto de la prueba relacionada encuentra la Sala demostrado no sólo el hecho dañoso, sino también la falla del servicio que originó el accidente, que la configura la omisión en que han incurrido las autoridades encargadas del mantenimiento y conservación de la vía. Es

SECCION TERCERA

incuestionable que al Estado corresponde no sólo la ejecución de la obra (apertura de la vía), sino también mantenerla en condiciones de servicio de tal manera que no constituya un riesgo para la vida de los usuarios. Para ello debe realizar en forma eficaz y de manera permanente todos los trabajos que sean necesarios para que preste el servicio a que está destinada.

“En el evento en estudio, resulta evidente que desde su construcción, el túnel 5 de la carretera Cali-Loboguerrero-Buenaventura, constituyó un riesgo constante para los usuarios de la vía por la forma defectuosa en que se construyó. Quedó demostrado cómo la longitud del túnel fue insuficiente, dado que su portal occidental remata precisamente bajo un terreno escarpado de una pendiente de 70° de composición pedregosa, con caída frecuente de piedras, sin embargo su prolongación, que a la postre resultó también insuficiente, según lo expresa el dictamen, sólo vino a realizarse después de ocurridos los dos accidentes, con saldo de dos muertes de que se tiene conocimiento (contrato 815-88, fl. 113).

“En caso similar dijo nuestra más alta Corporación:

“...La correcta construcción, la cuidadosa conservación y el mantenimiento adecuado de las obras y vías públicas, son funciones que competen primordialmente a la administración, de modo tal que el descuido, la negligencia o la omisión en el cumplimiento de tales funciones, son actitudes que revelan desatención del servicio, mala prestación del mismo, y que comprometen la responsabilidad patrimonial del ente público a cuyo cargo corre la prestación del respectivo servicio, responsabilidad que se resuelve en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la falla en la correcta, oportuna y adecuada prestación del servicio haya podido ocasionar a los usuarios del servicio toda vez que el incumplimiento del deber primario del Estado de prestar adecuadamente los servicios públicos hace presumir la precitada responsabilidad”. [Expediente 4088 (33) Actor Lucy Vega de Ramírez y otros, Consejero Ponente: Antonio J. de Irisarri Restrepo, Página 110. La responsabilidad extractual del Estado en Colombia, Juan Carlos Henao Pérez, Tomo 1, volumen 1].

EL DAÑO O PERJUICIO:

“La doctrina y la Jurisprudencia han clasificado tradicionalmente los perjuicios en materiales y morales. Por su parte el artículo 1641 del Código Civil expresa que los perjuicios se constituyen en daño emergente y lucro cesante. Los morales se han clasificado en morales objetivos y morales puros subjetivos.

“Cualquiera que sea la clasificación que de los daños pueda hacerse, lo cierto es que sólo son indemnizables los real y efectivamente causados, lo cual significa que son rechazados los probables y los hipotéticos, sin que puedan confundirse con los futuros que cuando son ciertos caen dentro de la categoría de los indemnizables.

“En este evento el daño o perjuicio lo constituye el hecho cierto demostrado de la muerte del señor Jorge Alberto Ramírez Enciso, pues dan fe de ello no solo el certificado de defunción (fl. 6, edno. 1), la necropsia respectiva (fl. 93-4, edno. 3), sino los testimonios recepcionados dentro del proceso.

“Privar de la vida a una persona, no cabe duda causa grave daño a los seres con quienes en forma habitual se tienen lazos estrechos como ocurre con los padres, esposos, compañeros, hijos, hermanos, especialmente por el afecto, cariño y dependencia que se crea entre sí, circunstancias que aquí se configuraron.

RELACION DE CAUSALIDAD

“No cabe duda que la conducta omisiva de las autoridades encargadas del mantenimiento y conservación de la vía, que dieron ocasión a la falla del servicio, fueran las causantes de los hechos en que perdió la vida el señor Jorge Alberto Ramírez Enciso, razón por la que para la Sala queda acreditado el tercer presupuesto o relación de causalidad entre la falla y el daño.

“Acreditados como han sido los presupuestos de la responsabilidad extra contractual del Estado por falla del servicio, no queda más que declararla, pues por lo demás no se ha demostrado una causal eximente de responsabilidad, pues a pesar de haberse esgrimido en el alegato de conclusión pues no hubo contestación de demanda, un caso fortuito como eximente de responsabilidad aduciendo que al Fondo Vial corresponde la construcción, conservación y mantenimiento de las vías y obras complementarias dentro de los cuales están los túneles, todo lo cual se deduce de las normas que lo crearon y demás que lo regulan (Dec. 1172/80, Ley 154/76), pero que nada dice la ley sobre el mantenimiento de montañas, cuencas y demás que no pertenecen a la estructura de la carretera, todo ello para concluir que el deslizamiento de piedras se debe a un fenómeno de la naturaleza, que por las condiciones del terreno escarpado, lluvias y fallas geológicas se presenta, el cual escapa a las manos del hombre. Que se tomaron previsiones como la señal de una loma, según lo relata un testigo.

SECCION TERCERA

“Para la Sala, se repite, no se configura en este evento un caso fortuito, por él se entiende, el imprevisto a que no es posible resistir. Es imprevisto todo aquello sobre lo cual no existe posibilidad de creer que llegue a suceder y algo es irresistible cuando no hay manera de evitar las consecuencias, ambas circunstancias ausentes en este caso, donde quedó demostrado que en el sitio existe de manera continua caída de piedra menuda, lo cual pudo observarse al momento de practicar la inspección judicial, y da cuenta la fotografía tomada donde aparece claramente señalada la huella o rastro que deja, razón por la que era previsible que cayeran piedras de mayor tamaño si se toma en cuenta lo escarpado del terreno y su composición rocosa y que se trataba de zona lluviosa. Por lo demás las consecuencias de este fenómeno había podido evitarse como de hecho en parte se ha evitado, al haber prolongado el túnel.

“Así pues, si bien a los demandados no correspondía el mantenimiento de las montañas, sí era previsible y podía evitarse las consecuencias que la conformación del terreno y demás podrían causar, no bastaba una simple llama, la acción debía estar encaminada a eliminar completamente el riesgo máxime cuando se contaba con medios económicos proporcionados por los mismos usuarios, mediante el cobro del peaje que bien puede observarse arroja sumas considerables (fl. 112, cdno. número 2).

“De todo lo dicho se infiere que no existía una imposibilidad absoluta de eliminar el riesgo, dificultad tal vez, pero ello no elimina la culpa.

PERJUICIOS MORALES

“En esta modalidad fueron reclamados para cada uno de los demandantes, María Elena Enciso de Ramírez y David Ramírez Enciso, la cantidad de un mil gramos de oro.

“Siguiendo las pautas trazadas por nuestra jurisprudencia nacional habrán de reconocerse estos perjuicios a los reclamantes, pues en primer término respecto a su madre está acreditado el parentesco (fl. 5, cdno. número) (sic), presumiéndose por lo demás que privar la vida de su hijo produjo en ella profundo dolor, y habrá de reconocerse 1.000 gramos de oro.

“En cuanto a David Ramírez Enciso (hermano) cuyo parentesco se acredita a folios 4 y 5, cdno. número 1, obra en autos prueba testimonial que no deja dudas de la relación especial que llevaba el occiso con él, con quien vivía junto con su madre bajo el mismo techo, siendo acordes los testigos en señalar el cariño y la dedicación que Jorge Alberto Ramírez demostraba por su hermano y el cariño entrañable que los unía (fls. 29, 33, 36, 37, 38, cuad. 2), en razón de lo cual habrá de reconocerse la cantidad de 500 gramos de oro.

PERJUICIOS MATERIALES

“De esta modalidad fueron reclamados los gastos del pleito, lo que constituye costas a los cuales no puede condenarse a la Nación, razón por la que serán negados.

“Para la señora María Elena Enciso de Ramírez, lo siguiente:

“Los gastos de crianza, educación y establecimiento en la vida del hijo fallecido, a la fecha de ejecutoria de la sentencia pagaderos con los intereses de los varios desembolsos parciales, en pesos de valor constante en relación con el índice nacional de precios al consumidor.

“El valor de las cuotas de ayuda que recibía del fallecido, en pesos de valor constante junto con sus intereses y la pérdida del derecho a pedir alimentos a su hijo.

“A excepción del primero que al sentir de la Sala no procede reconocer, dado que la crianza, educación y sostenimiento de la prole es obligación de los padres, sin que por otra parte exista obligación de los hijos de restituirlo en cantidad igual, los demás conforman el perjuicio acarreado a la demandante señora María Elena Enciso de Ramírez por la pérdida del sostenimiento que su hijo le prodigaba, de lo cual dan cuenta los testimonios recepcionados, razón por lo que habrán de reconocerse en abstracto para que sean liquidados en incidente (art. 137 C. de P. C.), conforme a las bases que a continuación se expresan, pues no existen en el plenario los elementos necesarios para hacer una condena en concreto, dado que sólo hay prueba fidedigna de que era una persona productiva y que se desempeñaba como publicista en la Empresa Contacto Publicidad donde devengaba un sueldo de \$100.000 (fl. 13, cdno. número 2).

“Se tendrán en cuenta las siguientes bases:

“Se tomará como base económica el monto del salario que devengaba al momento de la muerte, o sea la suma de cien mil pesos (\$100.000) (fl. 13, cdno. número 2), descontando un 25% que se presume dedicaba el occiso a su propia subsistencia mensual, del resto se tomará el 50% para su señora madre. El monto del salario se actualizará aplicando la siguiente fórmula:

$$Ra = S \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. inicial}}$$

“donde S, es el valor histórico que se va a actualizar; Ra, es la renta actualizada; Índice final el que corresponde al que certifique el DANE para la

SECCION TERCERA

fecha del incidente mediante el cual se liquida el perjuicio, e índice inicial el vigente a la fecha de los hechos (mayo 3 de 1987).

“Para el cálculo de la indemnización se tomarán en cuenta dos períodos:

“Uno para la indemnización vencida y consolidada que va desde la fecha del hecho dañoso (mayo 3 de 1987) hasta la fecha de esta sentencia y se aplicará la siguiente fórmula:

$$“S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

“donde: S, es la suma buscada; i, es el interés de 0.004867 mensual; Ra, es la renta actualizada; n, corresponde al número de meses transcurridos entre el hecho dañoso y la sentencia.

“Para la indemnización futura o anticipada es factor determinante la vida probable. Como la reclamante es la madre y la obligación alimentaria es de por vida, se debe tomar en cuenta la supervivencia menor entre la de la víctima y la madre reclamante, acorde a la tabla de mortalidad, expedida por el ISS. Se liquidará a partir de la fecha de esta sentencia y se aplicará la siguiente fórmula:

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

“donde:

“Ra, es la renta actualizada conforme a la primera fórmula; i el interés técnico o legal o sea 0.004867 mensual, y n el número de meses de vida probable anotada antes” (fls. 141-154, cdno. número 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO POR LA APODERADA DE LA PARTE ACTORA

En el escrito que obra al folio 159 del cuaderno número 1, puntualiza los puntos de su discrepancia con el fallo dentro del siguiente marco:

“Solicito:

“1. Se revoque la sentencia en forma parcial en lo atinente al numeral segundo, ordinal b) de su parte resolutive, que reconoce al señor David Ramírez Enciso, por perjuicios morales el equivalente de (500) quinientos gramos de oro y se acoja la petición contenida en la demanda sobre el

equivalente de mil gramos de oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia (en pesos), en razón a ser éste un típico caso especial en el cual se puede observar que es: hermano único, la relación especial que llevaba el occiso con él, el cariño y la dedicación que Jorge Alberto Ramírez demostraba por su hermano, el cariño entrañable que los unía, como lo reconoce la falladora de primera instancia, sentencia página 11, folio 151, cuaderno principal, Perjuicios Morales (consideraciones) basada en las declaraciones de los testigos que allí mismo se citan.

“2. Respecto a los otros puntos de la parte resolutive de la sentencia solicito comedidamente se confirmen y que en su segundo punto en el cual se reconocen a cada uno de los demandantes los perjuicios morales se adicione en el sentido que el valor reconocido a cada uno como indemnización debe ser equivalente en pesos al que tenga el oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia, como está solicitado en la demanda y según certificación expedida por el Banco de la República”.

III. SUSTENTACION DEL RECURSO POR LA APODERADA DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE

En el escrito que obra al folio 160 del cuaderno número 1, la mandataria judicial del Ministerio de Obras Públicas y Transporte recoge su inconformidad con la sentencia, dentro de la siguiente óptica:

“Se reitera que el Consejo de Estado ha expresado que para que pueda deducirse la responsabilidad estatal es necesario que se prueben los siguientes presupuestos:

- “a) Un hecho dañoso imputable a un ente público;
- “b) Un daño sufrido por el actor;
- “c) Relación de causalidad entre el daño y el hecho.

“Sin demostrarse los anteriores presupuestos no podrá declararse la existencia de responsabilidad del ente público y por lo tanto tampoco podrá condenarse al pago de perjuicios; así mismo vale la pena reiterar que el Estado se exonera de toda responsabilidad, cuando demuestra como causa del daño; la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor y el caso fortuito, y es a este enunciado al que nos acogemos para insistir que no hubo falla en el servicio, ni hay relación de causalidad entre la falta de la administración y el daño; solicitando nuevamente que se exonere de toda responsabilidad a la entidad demandada de los hechos ocurridos el día 3 de mayo de 1987 accidente en el que perdió la vida el señor Jorge Alberto Ramírez Enciso.

SECCION TERCERA

“Si tenemos en cuenta lo que se relaciona con el caso fortuito y que es el imprevisto a que no es posible resistir, lo imprevisto de que trata esta disposición no significa que el hecho a que se atribuye tal carácter sea desconocido, sino que por ser inopinado u ocasional, no se sabe o puede preverse cuándo ni en qué circunstancias podrá acontecer y una vez presentada es absolutamente imprevisible. Y es que el sitio donde ocurrió el accidente presenta fallas geológicas, topografía irregular, alta lluviosidad, terreno inestable, que hace que no existan procedimientos técnicos conocidos para evitar que se presenten situaciones como el del caso que nos ocupa y las consecuencias conocidas, siendo entonces un problema de la misma naturaleza, pero así lo anterior hay que tener en cuenta y como lo anota el fiscal, doctor Horacio Duque Hoyos en este sitio no se habían presentado accidentes o sea que para esa época no se tenía un récord de accidentabilidad en una carretera construida aproximadamente veinticinco años. En cuanto a la falta o falla del servicio por parte de la entidad demandada ésta hubiere quedado probada si no hubiere existido señales, pero se descarta si se tiene en cuenta la declaración del señor Carlos Giraldo (diligencia de fecha 15 de mayo de 1990) quien manifiesta: ‘Estaba lloviendo y vimos una llama al lado de la carretera y pasamos despacio eso era como una prevención y así pasamos despacio prevenidos...’. ‘La piedra pasó en el momento que pasábamos...’, o sea que sí había señal preventiva, además que los pasajeros del vehículo que se accidentó observaron la señal preventiva entre ellos Carlos Giraldo, señal preventiva que estaba colocada al lado de la carretera, y es que la señalización sí es función del Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vial Nacional. Entonces la obligación que tiene la entidad demandada era la de colocar señales indicadoras, la de un posible peligro y solo compromete su responsabilidad si estas señales no hubieran sido colocadas y la persona en condiciones normales al no encontrar las señales hubiera caído en el peligro, cosa que por las declaraciones y la misma inspección judicial no sucedió en este caso, ya que las señales que corresponde colocar a la entidad demandada estaban en su sitio. Por todo lo anterior tenemos que la caída de la piedra que accidentó el vehículo en el que viajaba Jorge Alberto Ramírez no se debió a una falla del servicio, ni a la falta del mismo ya que la caída de esa piedra se da por causas ajenas a la misma administración, es un factor de la misma naturaleza, impredecible completamente, acompañada a la misma a una topografía accidentada, a la existencia de fallas geológicas del sector, a la fuerte lluviosidad permanente de esta zona, sin olvidar y sin dejar a un lado que el accidente ocurrió en horas nocturnas, fenómenos que se escapan del mismo control del hombre.

“Comparte la apoderada la entidad demandada el concepto emitido por el señor Fiscal, doctor Horacio Duque Hoyos quien hace una disertación amplia suficiente y clara del por qué se debe exonerar a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vial Nacional, del accidente ocurrido el 3 de mayo de 1987 en el que perdió la vida Jorge Alberto Ramírez Enciso, acogiéndose el señor Fiscal para emitir su concepto a la teoría del caso fortuito”.

IV. VISTA FISCAL

La Procuradora Segun la Delegada, doctora Edne Cohen Daza, en su concepto de fondo,

OBSERVA:

“Este Despacho acoge los fundamentos soporte del fallo proferido por el *a quo* por encontrarlos acertados a la luz del caudal probatorio que conforme el expediente, razón por la cual a los mismos se remite para solicitar a la Sala la confirmación de la sentencia apelada.

“Al efecto se anota por esta Agencia del Ministerio Público que los testimonios recepcionados permiten establecer que en el sitio de ocurrencia de los hechos y debido a lo escarpado del terreno, continuamente caían piedras y material rocoso. Así lo acreditan no sólo los testimonios recepcionados, sino también otros elementos de juicio allegados al proceso. Uno de los declarantes, Carlos Humberto Giraldo manifiesta a folios 24-30 del C-1: ‘...hay 5 túneles por la carretera. Por ser tan quebrada la zona, precisamente existen los túneles. Permanentemente hay derrumbes porque la montaña es muy quebradiza, muy rocosa. Buenaventura se queda incomunicada cada rato porque en invierno esa carretera se viene abajo..., en el sitio del accidente la boca del túnel es un poco estrecha... siempre hay agua y hay una montaña altísima que es donde caen piedras cada rato...’.

“El Director Regional del pacífico en oficio de abril 10 de 1990 dirigido al Director Regional del Distrito número 18 del Ministerio de Obras, en lo pertinente dice: ‘...Con base en estudios de Ingeominas... los problemas del túnel número 5 no se deben a fallas geológicas en estricto sentido, sino a la caída de bloques de roca de diferentes tamaños debido a su alto fracturamiento sobre la ladera...’.

“El dictamen pericial visible a folios 78 y siguientes del C-3, en uno de sus apartes señala: ‘...Claramente se nota que la construcción de esta estructura del túnel falso obedeció a la necesidad de proteger a los usuarios de la vía, de

SECCION TERCERA

la caída de rocas pero, en nuestro concepto esta solución es defectuosa al faltarle mayor longitud a la prolongación del túnel...’.

“Las anteriores anotaciones, son las que llevan a este despacho a concluir que en efecto la constante caída de piedra y material rocoso en el sitio donde ocurrió el accidente, no puede tildarse como una causa desconocida imprevisible e irresistible, para aceptar que sus funestos resultados eran de imposible predicción, razón por la cual no se tomaron medidas tendientes a evitarlos debiendo, en consecuencia, descartarse la tesis relativa a que el accidente ocurrió por una fuerza mayor o caso fortuito. El peligro era latente y la administración ha debido adoptar medidas no solo preventivas, sino tendientes a conjurarlo definitivamente.

“Prueba de que sí eran necesarias medidas de esa índole, lo constituye el hecho de que con posterioridad al accidente en comentario y otros de igual o menor gravedad, se construyó la prolongación del túnel número 5, obra que solucionó los riesgos y peligros existentes en dicho sitio, pues los continuos desprendimientos de tierra y piedra que allí ocurren, ya no hacen blanco en los vehículos que utilizan esa vía precisamente por haber quedado cubierto y a salvo de los derrumbes el tramo peligroso.

“El que en dicho sitio existiese el día del accidente un tarro con una pequeña llama indicadora de peligro, no puede tenerse como una medida suficiente para evitar hechos funestos como el que con dicha señal intentaba prevenirse, ya que los automotores que por esa carretera en esa época circulaban, no contaban con una vía alterna para desviar su curso, teniendo forzosamente que pasar por allí. La solución al problema en realidad fue la prolongación del túnel número 5, como oportunamente se anotó, medida que desde un comienzo ha debido realizarse, pues la prestación de un servicio a cargo de la administración pública no puede ni debe limitarse simplemente a su prestación en sí, sino que éste debe concebirse de la manera más eficiente con miras al bienestar y seguridad de la comunidad.

“Con base en los planteamientos que anteceden, este Despacho solicita a la Sala la confirmación de la sentencia apelada” (fls. 177-180, cdno. número 1).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos ajustes de universo económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el *sub lite* quedó debidamente demostrado que el señor Jorge Alberto Ramírez falleció cuando se desplazaba de Buenaventura hacia la ciudad de

Cali, al caer una roca sobre el vehículo en que se movilizaba, la cual le destrozó el cráneo, como se vivencia de la lectura del acta de levantamiento del cadáver que obra al folio 14 del cuaderno número 1.

La prueba testimonial que valoró el Tribunal tiene especial fuerza de convicción e ilustra sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvo lugar la tragedia. De lo expuesto por los señores Carlos Humberto Giraldo y Arturo Valencia, la Sala retiene los siguientes apartes:

Carlos Giraldo

Persona de 33 años, Gerente de Castor Ltda., sin generales de ley con ninguna de las partes, discurrió dentro del siguiente temperamento:

“...Eso fue en 1987, el 3 de mayo, eran pasadas las 6 y media o siete de la noche, veníamos de Buenaventura hacia Cali, y cuando llegamos a la boca del primer túnel, es decir, el túnel quinto de Cali hacia Buenaventura, el más largo, entrando a la boca del túnel, en ese momento estaba lloviendo, vimos una llama al lado derecho de la carretera y pasamos despacio, eso era como una prevención y así pasamos despacio, prevenidos, cuando llegamos justo a la boca del túnel lo que yo sentí fue que el carro se movió bruscamente y todo se apagó, el carro, las luces, y todo quedó completamente oscuro, en este instante yo no sabía qué pasaba y empecé a escuchar que caían piedras, y sentía que me salpicaba arena a la cara, traté de mirar a mis compañeros que venían en el carro y no se veía nada, estábamos muy cerca y no nos veíamos, la primera reacción mía fue ver a las personas que venían a mi lado, atrás en el carro que eran dos mujeres, una de ellas era la novia de Jorge Alberto Ramírez y la otra la novia de Carlos Arturo Valencia que venía manejando el carro, ese carro era un automóvil blanco nuevo, y entonces yo abrí la puerta del carro y les hablaba para que salieran, cuando yo me bajé del carro sentí que me tiraban piedras en las piernas, ellas reaccionaron y salieron, logré jalarlas y sacarlas, estaban completamente aturdidas, no reaccionaban, sólo hacían lo que yo les decía y en el momento en que ellas estaban fuera del carro yo me imaginé que el túnel se estaba derrumbando, entonces las obligué casi arrastradas a que salieran al otro lado del túnel, cuando ya las convencí que siguieran solas, me devolví a buscar a Carlos Arturo y a Jorge que no salían del carro, me acerqué mucho para ver qué era lo que pasaba y vi que Carlos Arturo estaba privado sobre el timón del carro y sangraba por la sien, le chorreaba sangre, me asusté mucho y traté de sacarlo pero la puerta no me abría, cuando las muchachas oyeron que yo le gritaba a Carlos Arturo se devolvieron, yo en medio de ese azar le pegué un puño a Carlos Arturo, para que me contestara, entonces Carlos Arturo reaccionó y se despertó, él mismo

SECCION TERCERA

abrió la puerta y como yo le decía que se bajara se bajó, entonces nos dimos cuenta que estaba herido en la cabeza, estaba botando sangre, me di cuenta que una de las muchachas estaba herida en la pierna, y salimos corriendo a buscar auxilio hacia el túnel, en ese momento no caímos en cuenta de Jorge todavía, todo esto pasaba muy rápido, con la tensión de nosotros porque la sensación que se vivía era que el túnel se estaba derrumbando, entonces adelantamos unos pasos con los heridos y apareció un taxi que venía de Cali a Buenaventura, yo me le atravesé al taxi, lo hice parar, y le dije que se estaba derrumbando el túnel, que diera vuelta y se llevara los heridos, el señor me hizo caso y echó reversa como pudo dentro del túnel y se llevó a los heridos al hospital más cercano, Eliana gritaba que Jorge, que Jorge, ellos se fueron en el taxi y yo me devolví a sacar a Jorge del carro con la sensación de que el túnel se derrumbaba me fui metiendo paso a paso, es decir hasta donde llegó, llegué de nuevo al carro y veía a Jorge a Jorge (sic) por la ventanilla, pero alcanzaba a ver del hombro para abajo es decir le veía el brazo y la pierna derechos, porque yo estaba por la ventanilla del lado derecho, pero no se le veía sangre ni nada, yo pensé que estaba privado como Carlos Arturo, entonces empecé a golpearlo y a tratar de sacarlo pero la puerta no abría, yo estaba muy angustiado, muy impresionado, y pensando que el túnel se viene encima, e inclusive me lastimé las manos tratando de romper el vidrio y abrirle, entonces traté de tranquilizarme en vista que no me daba resultado como lo estaba sacando, me retiré un poco del carro para ver qué pasaba, por qué la puerta no me abría, por dónde podía sacarlo, y en medio de la oscuridad logré divisar una piedra enorme en la capota del carro que había destripado la capota, en ese momento prácticamente se me fue la luz, traté de desestabilizarme porque comprendí que allí estaba Jorge estripado, en el momento en que estaba yo contra la pared mirando el carro apareció un señor con una linterna se arrimó donde estaba yo y me dijo: no insista más que ya no hay nada que hacer, me cogió del brazo y me llevó al otro lado del carro o sea por el lado del chofer y me alumbró con la linterna hacia donde estaba Jorge, Jorge estaba completamente estripada la cabeza, no había nada, no sé cómo describirlo, era impresionante...” (fls. 24-26, cdno. No. 2).

Arturo Valencia

Mayor de edad, de profesión publicista, Gerente de la Tienda del Cine, al ilustrar al sentenciador sobre la forma como ocurrieron los hechos, dijo:

“...Si estaba en el lugar de los hechos el accidente ocurrió el 3 de mayo de 1987, la hora eran las 8:15 de la noche, veníamos de Buenaventura hacia Cali, entrando al túnel número 5, nosotros veníamos de Buenaventura, y estaba

cayendo un fuerte aguacero que no permitía ver a metro, metro y medio de la carretera, veníamos muy despacio, casi que mirando las líneas de demarcación de la carretera, para irnos por el carril de nosotros, en el carro íbamos Mireya Solari, al lado derecho mío que en esa época era mi novia y ahora es mi esposa, en la parte de atrás iba Carlos Giraldo, Eliana Pérez, que era la novia de Jorge Alberto, y Jorge Alberto, a la altura de Cisneros, Jorge Alberto le pidió a Mireya, que se cambiara de asiento para él a ayudarme a giarme (sic) en el carro, intermanente (sic) hicimos el cambio, sin parar el carro, y Jorge se sentó al lado derecho mío cuando llegamos a Cisneros había escampado y había buena visibilidad, delante de mí iba un carro Simca y un jeep Dahaitsu, íbamos a cuarenta kilómetros por hora, entró el Simca al túnel, entró el Jeep, y el momento en que íbamos a entrar nosotros sentimos un golpe, hasta ahí básicamente puedo narrar la situación porque creo que perdí el sentido, porque yo los oía hablar a ellos, a mí me quedó como una película hasta antes de entrar al túnel, entramos al túnel y un carro nos alumbraba era de servicio público de esos interdepartamentales, él nos alumbró hasta salir a la boca de salida hacia Cali, ya allí los pasajeros se bajaron, y nos subieron a Eliana, a Mireya y a mí en la parte de atrás, este señor nos condujo hasta el Hospital de Dagua, allí nos atendieron a Mireya y a mí, a Mireya por un corte en el talón creo que en el pie derecho, y la revisaron golpes en las rodillas, derecha e izquierda, en los codos, en los ojos, a ella le tomaron varios puntos en la herida del talón a mí me tomaron varios puntos en la cabeza donde tenía heridas me extrajeron vidrios y me examinar (sic) golpes que tenía en las piernas, en los brazos y en la frente, a Eliana, no el (sic) pasó nada pero estaba en shock, porque parece que vio en el momento en que moría Jorge Alberto, al rato llegó Carlos Giraldo, lo traía un ingeniero en una camioneta y le pregunté que dónde estaba Jorge Alberto, él me dijo que se encontraba atrapado en el carro y que lo iban a ir a sacar, convenció a Mireya y Eliana, que se fueran con el señor para Cali, y que nosotros nos quedábamos para sacar a Jorge Alberto, en ese momento yo no sabía que él estaba muerto, cuando ellas se fueron él me dijo la verdad, y nos pusimos a llorar un momento mientras la policía y tal vez los bomberos iban a sacar el cuerpo, ninguno de los dos quisimos volver al sitio pues estábamos muy impresionados...” (fl. 68, cdno. No. 2).

La realidad anterior encuentra apoyo en el mismo alegato de conclusión presentado ante el *a quo* por la apoderada del Ministerio de obras Públicas y Transporte, en el cual, y en lo pertinente, se destaca:

“...Si tenemos en cuenta lo que se relaciona con el caso fortuito y que es el imprevisto a que no es posible resistir, lo imprevisto de que trata está disposición no significa que el hecho a que se atribuye tal carácter sea

SECCION TERCERA

desconocido, sino que por ser inopinado u ocasional, no se sabe o puede preverse cuándo ni en qué circunstancia podrá acontecer y una vez presentado es absolutamente imprevisible. Es un imprevisto que no es posible resistir, como en el caso que nos ocupa del accidente donde perdió la vida el señor Jorge Alberto Ramírez Enciso el día 3 de mayo de 1987 y debido a la *caída de una piedra* (resalto, ya que es importante tener en cuenta que tal como aparece en la demanda fue una sola piedra la que cayó sobre el vehículo) y es que el accidente no ocurre porque la piedra estuviera ya sobre la carretera y no se hubiera evacuado a tiempo, el accidente y la muerte ocurre cuando la piedra cae y tal como lo dice la misma demanda ese es un sitio escarpado rocoso-suelto de más de doscientos metros de altura, sí es un hecho imprevisible e irresistible, y es aquí donde cabe el caso fortuito como excepción, un acto de la naturaleza que escapa de las mismas manos del hombre, que no puede prever cuándo se va a dar y que al darse no pueden evitarse sus consecuencias. Existen cerca a esta zona donde ocurrió el accidente, salida túnel cinco, sentido Cali-Buenaventura fallas geológicas, tal como lo certifica el informe presentado por Ingeominas el cual aparece anexo en el proceso, igualmente es una zona de alta lluviosidad, topografía irregular, terreno inestable que hace que no existan procedimientos técnicos conocidos para evitar que se presenten situaciones como el del caso que nos ocupa y con las consecuencias conocidas. Es un problema de la misma naturaleza...” (fl. 132, cdno. No. 1);

B) Dentro del marco probatorio anterior la Sala encuentra que la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Obras Públicas-Fondo Vial Nacional, es clara en el caso *sub examine*. Reiteradamente ha sostenido la Corporación que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacer uso de ellas. La sola circunstancia de que una piedra se desprende de las alturas y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una *antijuridicidad objetiva*, máxime cuando la administración conocía y conoce el universo del peligro en el sitio en que ocurrió la tragedia. Y se hace esta afirmación, porque el acervo probatorio permite llegar a ella. Así, en el oficio que el Director Regional del Ministerio de Obras Públicas envió al Tribunal el día 17 de abril de 1990 (C. 2, fl. 78), se destaca;

“De acuerdo al informe suministrado por el Instituto Nacional de Investigaciones Geológico-Mineras ‘Ingeominas’, lo que se denomina Falla Calima, no pasa por el lugar que se menciona en el oficio de la referencia, sino varios kilómetros al oriente de dicha localidad. Manifiesta el informe antes anotado que los problemas del túnel cinco no se deben a una falla geológica

en sentido estricto, sino a la caída de roca de diferentes tamaños, debido a su alto fracturamiento sobre la ladera localizada encima del túnel, fenómeno muy común en varias de nuestras carreteras por el relieve abrupto del Sector Andino.

“Cabe aclarar que el informe suministrado por ‘Ingeominas’, no descarta las fallas geológicas que se presentan por ese sector, en la parte pertinente a ‘los problemas del túnel cinco no se deben a una *falla geológica en sentido estricto*’ la influencia de la falla geológica que existe a varios kilómetros al oriente de dicha localidad no se elimine en este informe”.

La circunstancia de que existan señales de peligro no exime de responsabilidad a la administración, salvo que se demuestre que la víctima incurrió en una culpa que fue determinante del hecho. Defender la tesis contraria implicaría aceptar que el lesionado estaba obligado a soportar el perjuicio, y ello no está ordenado en ninguna norma. Por ello se enseña que la antijuridicidad del perjuicio existe siempre que las leyes no imputen a la propia víctima los efectos lesivos de una determinada acción administrativa, o, en otras palabras “...siempre que en dicha acción administrativa no concorra expresamente alguna causa de justificación del perjuicio prevista por alguna norma jurídica. Si no se da esta previsión normativa, la acción administrativa dañosa (háyase producido o no culpablemente) carecerá de título legítimo que como señala el T. S. justifique en derecho la carga o el daño impuesto al administrado: en tal caso ‘nos encontramos ante un daño *no justo* que por la propia virtualidad de esta nota debe ser indemnizado, en base al principio general de resarcimiento, consagrado legalmente’ (La Responsabilidad Civil de la Administración Pública, Jesús Leguina Villa. Tecnos, p. 336).

La filosofía jurídica anterior es de recibo en el derecho colombiano gracias a lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional que a la letra reza:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En la materia que se estudia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 31 de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente número 6515, Actor Fabio Ruiz Ospina y otros, cuando al fallar sobre una realidad fáctica sensiblemente igual a la que dio origen al presente proceso dijo:

SECCION TERCERA

“Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de ‘daños antijurídicos’, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para LEGUINA, ‘...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica’ (Cita de J. M. de la Cuétara. La Actividad de la Administración. Tecnos, página 554).

“Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA, pues como lo enseña este último tratadista,

“...no se trata de ningún perjuicio *causado* antijurídicamente, sino de un *perjuicio antijurídico en sí mismo*; por otra parte, *se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles...* La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, *insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial.* A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

“Sentencia del 27 marzo 1980 (Sala Cuarta. Referencia, No. 2249):

“Por responsabilidad de la Administración -central o local- ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias -que tienen una regulación especial- de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios, que no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquella.

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

“La *ratio legis* verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúnan las condiciones de ‘injusto, efectivo, económicamente evaluable y

susceptible de individualización personal o grupal', ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional”.

“Dentro del mismo universo discurre el profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

2. El concepto técnico jurídico de lesión resarcible y sus notas características:

“Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitiera a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

“A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. *Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva: vid., por ejemplo, los dictámenes de Consejo de Estado de 5 de abril de 1968 y 8 de julio de 1971, entre otros*

SECCION TERCERA

muchos). Como dice con toda corrección la Sala de 27 de enero de 1971 y reitera el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un 'perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aún cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud'. La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliegan su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate" (Resaltado del texto);

C) Por lo que hace relación con la legitimación por activa, ella quedó bien demostrada. El occiso era hijo extramatrimonial de la señora María Elena Enciso de Ramírez, quien firmó el acta de registro de nacimiento, mucho antes de ocurrir la tragedia. Lo propio cabe predicar del hermano del finado señor David Ramírez Enciso, quien también tiene igual calidad, por reconocimiento expreso de la madre, al suscribir el acta de nacimiento.

La realidad anterior lleva al *ad quem* a confirmar la condena que por perjuicios morales hizo el Tribunal, en favor de la señora María Elena Enciso, por un mil (1.000) gramos de oro fino. También la que por el mismo concepto se ordenó en favor del hermano David Ramírez Enciso, por quinientos (500) gramos de oro. Se adicionará el fallo para precisar que el pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio del referido metal en el momento de quedar ejecutoriada la sentencia.

Se revocará la condena que el sentenciador de instancia hizo por perjuicios materiales en favor de la señora María Elena Enciso de Ramírez, pues la víctima contaba, al momento de su muerte, con más de treinta y cuatro años de edad. Por lo demás, todo indica que era casado, pues el folio 11 del cuaderno número 2 obra el poder que la señora Gloria Amparo Hurtado Prieto confirió a la doctora Alba Miriam Sarria Barona, para que en representación de su hija menor Ingrid Ramírez Hurtado, recibiera de la Empresa Contacto Publicidad Ltda., "...todos los dineros que por su condición de hija legítima del causante Jorge Alberto Ramírez Enciso le corresponda a la liquidación de los salarios pendientes, vacaciones, intereses a la cesantía, cesantía, seguro por muerte...". Así las cosas, no se vivencia la posibilidad real de que el occiso pudiera ayudar en forma permanente a su madre, pues ya había formado su propio hogar.

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

FALLA:

Primero: *Confírmase* los numerales primero (1º), segundo (2º), cuarto (4º) y sexto (6º) de la sentencia calendada el día veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, con la precisión de que el pago de los perjuicios morales se deberá hacer con el precio que el oro tenga, en el mercado nacional, en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo.

Segundo: *Revócase* el numeral tercero (3º) del mismo fallo, el cual quedará así:

3. *Deniéganse* las demás pretensiones de la demanda.

Tercero. Expídanse las copias de la sentencia, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONCILIACION - Trámite / TRANSITO DE LEGISLACION / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Por haberse iniciado la etapa conciliatoria bajo la vigencia de la Ley 23 de 1991, debe continuar adelantándose el trámite mencionado ante el despacho del señor Fiscal Unico por disposición del artículo 62 del Decreto 2651 de 1991, que es el mismo principio contenido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, cuando se presentan cambios de legislación. Aún en el evento de que la tesis que se defiende en esta providencia admitiera cuestionamientos de fondo, a la luz de la filosofía que informa la conciliación, resulta cierto que las circunstancias de que el tribunal hubiese ordenado, en el auto admisorio de la demanda, que se corriera traslado al Fiscal del Tribunal, no sería en ningún caso causal de nulidad, por la potísima razón de que el régimen de nulidades procesales tiene como fundamento el principio de la Taxatividad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Ref.: Expediente número 8035.

Demandada: Sociedad Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica Ltda. - Telecaribe.

Actor: Producciones Telemundo Ltda.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, precede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador del Tribunal Administrativo del Atlántico, contra la providencia calendada el día veinte (20) de agosto de mil

novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del citado Departamento, que denegó la solicitud de nulidad formulada por el citado funcionario.

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

“En escrito del 24 de marzo del año en curso, el señor Procurador del Tribunal doctor Eduardo Suárez Llanos, solicita la nulidad del auto 12 de marzo de 1992 por el cual este despacho dispuso que se diera trámite de la conciliación ordenada por el proveído admisorio de la demanda, a lo cual se había negado dicho funcionario, según providencia que expidió el 6 de febrero de 1992

“El señor Procurador invoca como causal de nulidad el haberse imprimido a este asunto un procedimiento distinto del legalmente señalado, sin indicar la norma específica del estatuto procesal civil, y que es la contemplada en el numeral 4º, artículo 140 del C. de P. C.

“La secretaría tramitó la solicitud referida en legal forma, con escrito del apoderado de la parte demandante, visible a folios 105 a 107, debiendo ahora decidirse de conformidad con la ley.

“Se considera.

“1º. El mencionado funcionario estima que en este asunto se incurrió en el citado vicio, pues con la expedición del Decreto número 2651 de 1991 se reformó en su totalidad la Ley 23 de 1991, de modo que actualmente solo es posible la conciliación en los procesos sobre responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, cuando son de mayor cuantía, siempre que lo solicite el demandante favorecido con el fallo, conforme al parágrafo del artículo 6º del citado decreto.

“Considera que por ser el parágrafo específico prima sobre los incisos 1º y 2º del artículo 6º del Decreto número 2651 de 1991, y en tal virtud la conciliación queda restringida (sic) a que se celebre con posterioridad a la sentencia favorable al actor, si éste lo pide, y no en el curso del proceso, de modo que no puede ordenarse de oficio durante el trámite de éste.

“Que la conciliación en la actualidad bajo las normas del decreto referido, no debe adelantarse ante su despacho sino ante juez administrativo que conoce del proceso, de modo que a los ‘Fiscales del Tribunal se les ha quitado la

SECCION TERCERA

atribución de conciliar dentro de los procesos contenciosos administrativos...?

“Consideró el ponente que al haberse notificado legalmente el auto admisorio del libelo el 9 de diciembre de 1991, a partir del día siguiente se inició el término para aplicar el procedimiento conciliatorio entre las partes, de modo que si tal etapa no se surtió ante la Fiscalía no podía aplicársele las normas del Decreto 2651 de 1991 (vigente a partir del 10 de enero de 1992), toda vez que se había iniciado la etapa conciliatoria bajo la vigencia de la Ley 23 de 1991 todo de conformidad con el artículo 62 del mismo estatuto, que contempló como debía procederse en vista del cambio de legislación para los procesos iniciados antes.

“En el auto de 12 de marzo de 1992, materia de la nulidad impetrada, el ponente dispuso devolver el proceso al despacho del señor Fiscal Unico del Tribunal para que adelantara la conciliación ordenada en el auto admisorio de la demanda expedido el 5 de diciembre de 1991.

“De modo que en sentir del Tribunal no se ha aplicado en este proceso un trámite diferente al señalado por la ley.

“El artículo 6º del Decreto referenciado permite que en los procesos contenciosos en que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, en primera instancia, se practique por lo menos una audiencia conciliatoria entre las partes, dentro del curso de los mismos, a más tardar al concluir la etapa probatoria, que se ordenará de oficio o a petición de parte, y que tendrá lugar ante el juez administrativo del conocimiento.

“Posteriormente, en su párrafo, la disposición citada consagra una última oportunidad de conciliación, luego que se haya producido el fallo favorable al actor, en primera instancia, la cual se efectuará únicamente a su iniciativa.

“Sólo en esa forma puede interpretarse la disposición en su conjunto, porque de otra forma se llegaría a la misma conclusión del señor Fiscal: que el párrafo tal como está redactado elimina el contenido del texto de la norma que le precede, pues mientras ésta permite la conciliación dentro del proceso, por lo menos una vez, el párrafo dice que la conciliación sólo tendrá lugar después de sentencia favorable al demandante, siempre que éste solicite que se realice audiencia en tal sentido.

“De entenderse la disposición comentada como lo hace el señor Fiscal, habría que concluir en que el legislador en un mismo texto se contradice, pues

en la primera parte permite que se celebre audiencia de conciliación en el curso de tales procesos, en la segunda parte dice que es con posterioridad a su terminación.

“Si se tiene presente que el dicho precepto al igual que el resto que integran el estatuto, como la Ley 23 de 1991 fueron expedidos para descongestionar los despachos judiciales, atestados de innumerables litigios en curso, es obvio que para que se alcance ese cometido, se prevea la posibilidad de un arreglo antes de que se produzca una decisión judicial sobre el diferendo, de modo que así se evitan trámite y estudios dispendiosos para poner el proceso en la etapa de decisión de fondo.

“Y, de otra parte, si tal conciliación no llega a producirse procesalmente, resulta conveniente para el particular demandante que ha obtenido fallo a su favor, que antes de someterse a una consulta ante el inmediato superior jerárquico, busque conciliar sus diferencias frente a la entidad pública demandada, quien, de otra parte, también puede resultar beneficiada en la conciliación, ante la posibilidad de que se confirme el fallo consultado o apelado.

“Es factible, entonces, realizar varias audiencias tendientes a un arreglo amistoso del interés litigioso, dentro de la etapa del proceso y luego de que éste haya terminado, tal como está redactado el artículo 6º y su párrafo.

“En cuanto al concepto de la oficina jurídica del Ministerio de Justicia citada por el señor Fiscal, acerca de la razón de ser del Decreto 2651 de 1991 dictado para adecuar los mecanismos de la conciliación frente a la nueva carta política, toda vez que la Ley 23 del mismo año se expidió cuando aún regía la Constitución Nacional de 1886, le parece acertado a esta Sala en cuanto es evidente que conforme a la nueva estructura jurídica de las Fiscalías en lo Contencioso Administrativo, tal trámite se adelanta ahora ante los jueces administrativos y no ante el respectivo agente del Ministerio Público.

“Empero, en cuanto al caso *sub judice*, por haberse iniciado la etapa conciliatoria bajo la vigencia de la Ley 23 de 1991, debe continuar adelantándose el trámite mencionado ante el despacho del señor Fiscal Único por disposición del artículo 62 del Decreto 2651 de 1991, que es el mismo principio contenido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, cuando se presentan cambios en la legislación.

“De acuerdo con las anotaciones que preceden, para la Sala está claro que no se incurrió en la causal de nulidad estudiada, y así habrá de decidirse” (fls. 109 - 112, cdno. No. 1).

SECCION TERCERA

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

El señor Procurador del Tribunal Administrativo del Atlántico, en un extenso escrito, visible a folios 113 y siguientes del cuaderno número 1, hace valoraciones de alcance jurídico orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta, en lo pertinente, dentro del siguiente perfil:

“Fundamentos de la Apelación:

“La conciliación en los asuntos contencioso administrativos fue restringida a partir del 10 de enero de 1992 por virtud de la vigencia del Decreto número 2651 de 1991 que reforma en su totalidad lo dispuesto por la Ley 23 de 1991. En efecto, dentro del campo contencioso administrativo únicamente quedaron como conciliables los negocios de Responsabilidad Contractual o Extracontractual del Estado, y esto, únicamente si tales negocios son de mayor cuantía. Además la conciliación únicamente podrá efectuarse si lo solicita el particular demandante luego de haber obtenido fallo favorable de primera instancia. Así lo dispone el parágrafo del artículo 6º del Decreto 2651 de 1991.

“Este parágrafo que restringe la oportunidad de conciliación, obviamente reforma y prima sobre el inciso 1º y el inciso 2º del artículo 6º al cual pertenece, ya que dichos incisos son genéricos y el parágrafo es específico, e igualmente porque el parágrafo es posterior a dichos incisos. No hay manera pues de igualar la obligatoriedad de las dos partes del artículo 6º del decreto, y dado que prima el contenido del parágrafo no es viable disponer Audiencia de Conciliación de oficio ni tampoco es viable disponer tal audiencia de conciliación antes de una sentencia favorable al particular en primera instancia.

“Es evidente que el legislador en este caso quiso restringir la conciliación en el campo de lo contencioso administrativo. Donde el texto de la ley es claro no cabe interpretación ninguna.

“La restricción de la conciliación en el campo contencioso administrativo no se limita a la oportunidad para celebrar la audiencia respectiva, sino que, y es lo principal, el artículo 2º del Decreto 2651 de 1991 dispone que los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o de única instancia y los cuales no sean contencioso-administrativos (ni penales, ni laborales) serán los únicos conciliables. A su vez el parágrafo del artículo 6º, en concordancia con los incisos 1º y 2º del mismo, hace una excepción y permite que en los casos de Responsabilidad Contractual y Extracontractual se concilien luego de la sentencia de primera instancia.

“Las anteriores disposiciones restringen, pues, durante un lapso de 42 meses la conciliación a los negocios de responsabilidad Contractual o Extracontractual, y deja tales casos como tramitables únicamente por los jueces contencioso-administrativos. No es entonces aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1987 (sic), referente a que los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, ya que la nueva norma afecta la vigencia misma de la institución de la conciliación y la suspende en su mayor parte. No se trata entonces de que subsistan términos ya iniciados o de que queden pendientes actuaciones y diligencias ya dispuestas, sino de que la mayor parte de los casos previstos de conciliación han desaparecido y los subsistentes casos han sido restringidos en su materia y oportunidad de trámite así como atribuidos a funcionarios diferentes a los Fiscales del Tribunal”.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La providencia impugnada será confirmada pues ella se ajusta, en todo su universo, a la ley y al derecho.

Cuando se admitió la demanda, esto es, el día cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), estaba en vigencia el artículo 65 de la Ley 23 de 1991, que a la letra disponía:

“Artículo 65. Cuando no se haya intentado conciliación prejudicial, el Consejero o Magistrado ponente de la Corporación que conozca de la demanda Contencioso-Administrativa, en el mismo auto en que la admita, y una vez notificado, ordenará el traslado de la misma al Fiscal correspondiente para que adelante la conciliación sujetándose a lo dispuesto en los artículos anteriores. Durante el trámite de la conciliación el proceso se suspenderá.

“Concluido el procedimiento de conciliación, el Fiscal remitirá al Consejero o Magistrado del conocimiento, un día después de terminado aquél, el acta de conciliación total o parcial, o el informe de que no fue posible acuerdo alguno entre los interesados, acompañado de los medios de prueba en su poder y de la enumeración de los mismos, según el caso.

“Si la conciliación fue total, el Consejo de Estado o el Tribunal Contencioso Administrativo competente declarará terminado el proceso.

“Si no hubo conciliación o la Corporación competente encuentra que la lograda resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, o puede hallarse viciada de nulidad absoluta, así lo declarará la Sala en providencia

SECCION TERCERA

motivada y ordenará la continuación del proceso en cuanto fuere necesario.

“Contra las providencias a que se refiere este artículo no habrá recurso alguno”.

La realidad jurídica anterior explica muy bien la causa, motivo o razón por la cual el *a quo* ordenó que, una vez notificado el auto admisorio de la demanda, se corriera traslado al señor Fiscal del Tribunal para que adelantara la conciliación, con sujeción a la normatividad para entonces vigente.

B) Al entrar en vigencia el Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, esto es, a partir del 10 de enero de 1992, el régimen de la conciliación empezó a operar dentro de los parámetros fijados en el artículo 6º en estrecha concordancia con el artículo 62 del mismo, que a la letra dispone:

“Artículo 62. *Vigencia.*

Salvo disposición en contrario, en los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtir la notificación. Los procesos en curso que se encuentren en período probatorio se someterán de inmediato a las normas que en materia de pruebas contiene el presente decreto en cuanto a su práctica; el juez o magistrado concederá a las partes un término de tres días para que reformulen la petición de pruebas no practicadas de acuerdo al presente decreto.

“El presente Decreto rige a partir del diez (10) de enero de 1992, suspende durante su vigencia todas las normas que le sean contrarias y complementa las demás”.

C) Dentro del marco anterior, la Sala patrocina y hace suya la perspectiva jurídica que maneja el Tribunal cuando en uno de los considerandos de la providencia impugnada recuerda:

“Empero, en cuanto al caso *sub judice*, por haberse iniciado la etapa conciliatoria bajo la vigencia de la Ley 23 de 1991, debe continuar adelantándose el trámite mencionado ante el despacho del señor Fiscal Único por disposición del artículo 62 del Decreto 2651 de 1991, que es el mismo principio contenido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, cuando se presentan cambios en la legislación” (fl. 112, cdno. No. 1).

D) Finalmente, y aún en el evento de que la tesis que se defiende en esta providencia admitiera cuestionamientos de Fondo, a la luz de la filosofía que informa la conciliación, resulta cierto que la circunstancia de que el Tribunal hubiese ordenado, en el auto admisorio de la demanda, que se corriera traslado al Fiscal del Tribunal, no sería en ningún caso causal de nulidad, por la potísima razón de que el régimen de nulidades procesales tiene como fundamento el principio de la taxatividad, aspecto que se destaca en el artículo 140 del C. de P. Civil, como también lo hacía antes el artículo 152 del mismo estatuto, al definir que el proceso es nulo, en todo o en parte solamente en las circunstancias allí anotadas.

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

RESUELVE:

Primero. *Confírmase* el auto impugnado, esto es, el calendado el día veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de esta providencia.

Segundo. Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

**RESPONSABILIDAD PRESUNTA / DAÑO ANTIJURIDICO /
ACTIVIDAD PELIGROSA / CULPA DE LA VICTIMA - Inexistencia**

En el presente evento más que una responsabilidad por riesgo especial se da una presunción de responsabilidad por la actividad peligrosa que cumple la entidad pública demandada. La muerte por electrocución se debió al riesgo creado con la explotación de la actividad peligrosa por parte de las Empresas. El daño antijurídico, o sea aquél que no tiene por qué soportar la persona afectada con el mismo, siempre que pueda ser imputado a una autoridad pública, comprometerá la responsabilidad del Estado. Cuando se habla de imputabilidad no se hace referencia a la figura penal, sino simplemente a un problema de causalidad. No puede hablarse que hubo culpa de la víctima porque la instalación interna de la casa, que no estuvo a cargo de las Empresas, presentaba deficiencias. Una cosa es que esa acometida interna esté a cargo del dueño del inmueble y otra, que las empresas no tengan la obligación de revisarla para acomodarla a una correcta prestación del servicio; en otras palabras si esa acometida era deficiente, la culpa también sería de la entidad por el deber de supervigilancia que tiene.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Ref.: Expediente número 7597.

Actores: Noe de Jesús Bedoya Sepúlveda y otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 30 de abril de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

“1. Declárase administrativamente responsable a la entidad Empresas Públicas de Medellín de los perjuicios causados a Gabriel Horacio Bedoya Toro, Noé de Jesús Bedoya Sepúlveda, Carmen Emilia Toro Bedoya, Julio César y Héctor Alfredo Bedoya Toro, con la muerte de Ovidio Alonso Bedoya Toro.

“2. Consecuencialmente condénase a Empresas Públicas de Medellín a efectuar los siguientes pagos:

“2.1 A Gabriel Horacio Bedoya Toro, la suma de \$98.000.00, actualizada como se indicó en la parte motiva a la fecha de ejecutoria de esta providencia (numeral 4.2.4.1), como indemnización por perjuicios materiales. La sentencia se entiende en concreto y para su actualización debe aportar certificado del DANE sobre el índice de precios al consumidor para ingresos bajos en la ciudad de Medellín, para la fecha en que el fallo quede en firme.

“2.2 A Noé de Jesús Bedoya Sepúlveda y a Carmen Emilia Toro Bedoya la suma de \$1.317.046.00, para cada uno, actualizada como se indicó en los numerales 4.2.4.2 y 4.2.4.3, de la parte motiva de esta providencia, como indemnización de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, por lo que la sentencia se entiende en concreto y para su actualización los interesados deben presentar certificado expedido por el DANE sobre el I. P. C. para ingresos bajos en la ciudad de Medellín, a la fecha en que esta decisión quede en firme.

“2.3 A cada uno de los demandantes Noé de Jesús Bedoya Sepúlveda y Carmen Emilia Toro Bedoya, como indemnización por perjuicios morales, el equivalente a mil (1.000) gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de este fallo.

“A cada uno de los demandantes Julio César y Héctor Alfredo Bedoya Toro, como indemnización por perjuicios morales, el equivalente a quinientos (500) gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República para la fecha en que esta sentencia quede en firme.

“3. Deniéganse las demás peticiones de la demandada.

“4. Empresas Públicas de Medellín dará cumplimiento a este fallo dentro del termino previsto en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984”.

En la demanda, presentada el 22 de abril de 1988, se narraron, según la síntesis del Tribunal, los siguientes hechos:

SECCION TERCERA

“Para el mes de octubre de 1982, las Empresas Publicas de Medellín instalaron los servicio de energía para la vereda ‘Romazón’ entre otras; pero sólo a los 20 días de estar prestando el servicio se presentó una sobrecarga en el fluido eléctrico, siendo electrocutado el señor Luis Carlos Bedoya Gómez, quien murió instantáneamente el día 25 de octubre de 1982. Las Empresas Publicas de Medellín, ante esta falla en el servicio, tomaron las medidas necesarias, pero únicamente en las casas vecinas y no en toda la región, por lo que se repitió la sobrecarga de energía en los lugares no protegidos.

“El día 6 de junio de 1986, siendo las 5 de la tarde aproximadamente, se presentó una sobrecarga eléctrica en los cables de alta tensión ubicados en la finca del señor Noé Bedoya Sepúlveda, que llegó hasta su casa irradiándola completamente. El exceso de energía se transmitió por todas las instalaciones internas de la casa, alcanzando a Ovidio Alonso Bedoya Toro, quien se encontraba recostado a un muro, a una distancia aproximada de un metro con relación a un interruptor de las instalaciones internas, siendo alcanzado por la sobrecarga, la que lo electrocutó, falleciendo en el instante; en el mismo accidente sufrió lesiones la señora Carmen Emilia Toro de Bedoya, quien fue internada en el Hospital de Don Matías; además, sufrieron daños algunos electrodomésticos.

“Ovidio Alonso contaba con 21 años de edad y era quien sostenía a su familia, ya que trabajaba en fincas de la región devengando el salario mínimo (\$16.811.40).

“La diligencia del levantamiento del cadáver la efectuó el señor Alcalde y la necropsia la practicó el médico del Hospital de esa localidad”.

Cumplido el procedimiento propio de la primera instancia, el Tribunal decidió en la forma indicada atrás.

Inconformes las partes, apelaron. La actora porque consideró que el Tribunal se había quedado corto en los perjuicios; a guisa de conclusión final, anota:

“Por lo expuesto, honorables Magistrados respetuosamente solicito se dignen conceder el recurso de Alzada, para que el honorable Consejo de Estado se pronuncie sobre los conceptos enunciados y no reconocidos en la sentencia impugnada, es decir sobre los perjuicios morales ocasionados a los hermanos mayores de Ovidio Alonso y el limitante de los perjuicios materiales, pues éstos deben reconocerse hasta el día en que eventualmente llegaren a vivir los padres de aquél”.

La parte demandada sustentó su recurso con el argumento de que no era aplicable al caso la tesis del riesgo especial. De ese escrito (a fls. 209 y ss.) se destaca:

“En el caso a estudio esta teoría no es aplicable, ya que no se puede hablar con certeza de que las Empresas hayan creado a los señores Bedoya una carga especial y mayor que la que les corresponde a los habitantes del lugar donde se produjo el accidente, ni a los de los lugares por donde pasan las líneas transmisoras de energía eléctrica, ni a la de los usuarios de este servicio. Las Empresas no crearon ni por acción, ni por omisión, hechos o circunstancias que colocaran a la víctima ni a sus padres y hermanos, a tener que soportar una carga inequitativa, propia de la prestación del servicio de energía eléctrica, en beneficio suyo o de terceros.

“Las demandadas construyeron unas líneas de energía eléctrica y autorizaron a los usuarios para conectarse a unas redes eléctricas correctamente construidas, con las técnicas conocidas en ese momento.

“Como consta en las declaraciones de los ingenieros, expertos en la materia, pues así lo pudo constatar el Tribunal, dados sus conocimientos científicos, su experiencia en ese ramo de labores. Las Empresas hoy apelantes, son las que con mayor precaución rural en el país. Leer las versiones de Juan Guillermo Molina, Hugo de J. Arboleda e Iván Darío Posada, folios 109, 113 y 117 respectivamente.

“Es necesario que se tengan en cuenta al momento de la sentencia de la segunda instancia, los aspectos alegados ante el Tribunal; la forma defectuosa como se construyó la acometida interior de la residencia, la que no permitió neutralizar el aumento de la descarga eléctrica. Si esta labor que le correspondió al dueño de la residencia, se hubiera llevado a cabo en forma técnica, no se habría presentado el accidente lamentable que le costó la vida al señor Bedoya; y la culpa en que incurrieron las personas que trataron de auxiliar a la víctima. Circunstancias a las que no se refiere el Tribunal, y que fueron concausas de la muerte de éste”.

Evacuada la instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la sala la sentencia merece ser confirmada, ya que hace suya la perspectiva que manejó el *a quo*, toda vez que su análisis probatorio no ofrece duda alguna.

En el presente evento más que una responsabilidad por riesgo especial se da una presunción de responsabilidad por la actividad peligrosa que cumple

SECCION TERCERA

la entidad pública demandada. Presunción de responsabilidad que sólo le permite a la parte demandada, si quiere exonerarse de responsabilidad, probar que todo se debió a fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o al hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero. Motivos que no resultaron probados en el caso *sub judice* y que imponen confirmar el fallo apelado.

La Sala comparte la argumentación del Tribunal, circunstancia que la relevaría de otras consideraciones adicionales. No obstante, observa:

Del acervo probatorio se infiere de un lado, el hecho de la muerte por electrocución del señor Ovidio Alonso Bedoya Toro; y del otro, que su fallecimiento se debió al riesgo creado con la explotación de la actividad peligrosa por parte de las Empresas.

En la responsabilidad por el ejercicio de dicha explotación ni siquiera le incumbe a la parte actora demostrar que todo se debió a la falla del servicio. En estos eventos la responsabilidad no deviene de la conducta irregular de la administración, sino de la índole misma del perjuicio, el que sí puede calificarse como antijurídico impondrá el resarcimiento del perjuicio. Así, el daño antijurídico, o sea aquel que no tiene por qué soportar la persona afectada con el mismo, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de esta sala con apoyo en el artículo 90 de la nueva Constitución, siempre que pueda ser imputado a una autoridad pública (genéricamente la administración) comprometerá la responsabilidad del Estado.

Se precisa que cuando se habla de imputabilidad no se hace referencia a la figura penal, sino simplemente a un problema de causalidad.

De tal manera que producido el daño imputable a la administración, surgirá la responsabilidad, sin que la administración pueda alegar en su defensa la diligencia y cuidado.

Estima la sala que no se dio la culpa de la víctima en ningún grado y menos con carácter de exclusiva (evento de exculpación). No puede hablarse que se dio esa culpa porque la instalación interna de la casa, que no estuvo a cargo de las Empresas, presentaba deficiencias.

En este punto la sala quiere insistir en esta idea. Una cosa es que esa acometida interna esté a cargo del dueño del inmueble y otra, que las Empresas no tengan la obligación de revisarla para acomodarla a una correcta prestación del servicio.

En otras palabras, si esa acometida era deficiente, la culpa también sería de la entidad por el deber de supervigilancia que tiene.

EL RECURSO

Para la parte actora el fallo presenta dos motivos de inconformidad: el primero, que tiene que ver con los perjuicios morales a favor de los hermanos mayores de la víctima, señores Nohelia Amparo, Olga Esneda, Noé de Jesús, Lucelly de Jesús, Gabriel Horacio, Guillermo Alfonso, Ligia del Carmen, Myrian Edilma y Martha Lucia Bedoya Toro; y el segundo, con la limitante de la indemnización a favor de los padres de la víctima hasta los 25 años, mejor hasta la fecha en que hubiera cumplido Ovidio Alonso los 25 años.

En el primer extremo le asiste la razón al demandante. Ya la sala ha aceptado que frente a los hermanos se presume el afecto. Si bien hasta hace poco había que probar dicho extremo, a partir de la sentencia de 16 julio de 1992, de la que fue ponente el señor consejero Suárez Hernández (proceso 6750) se hizo el viraje jurisprudencial, partiendo de la base de lo que ordinariamente sucede: que los hermanos se quieren entre sí, ya que el desafecto y aún el odio son excepcionales y deben probarse por quien quiere aprovecharse de esa circunstancia.

En estas condiciones y con base en el prudente arbitrio, se señalará el equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro para cada uno de los hermanos. Se justifica la diferencia porque los menores vivían con Ovidio y compartían sus alegrías y pesares y los mayores tenían sus hogares aparte y otras inquietudes.

En cuanto al límite indemnizatorio hasta los 25 años, le asiste la razón al tribunal y no existe motivo para cambiar esta orientación jurisprudencial ya reiterada. Se parte de una presunción de hombre. En Colombia los jóvenes toman estado normalmente en esa época y abandonan sus obligaciones con la casa paterna para asumir las nuevas.

Por su lado, la parte demandada arguye que la tesis del riesgo especial no es la aplicable porque la entidad demandada no sometió a la víctima a ninguna carga excepcional, distinta a la normal que soportan los demás.

Este razonamiento aparece implícitamente respondido al inicio de esta motivación, en especial cuando se hizo énfasis en el daño antijurídico de conformidad con el artículo 90 de la nueva Constitución. Además, la aplicación del principio *Iura novit curia* en estos asuntos de responsabilidad permite que cualquier desenfoque que se presente en la causa *petendi* pueda ser subsanada por el juzgador, quien es el que debe aplicar el derecho con base en los hechos probados.

SECCION TERCERA

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

FALLA:

1. Confírmase la sentencia de abril 30 de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en sus numerales 1º, 2º en sus puntos 2.1, 3 y 4.

2. Modifícase el punto 2.2. del numeral 2º, el que quedará así:

2.2 A Noé de Jesús Bedoya Sepúlveda y a Carmen Emilia Toro Bedoya, por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante) la siguiente suma *para cada uno*: \$1.642.556.31 (un millón seiscientos cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y seis pesos con treinta y un centavos m/cte). Se entiende esto por la actualización ordenada por el mismo tribunal.

3. Adiciónase al punto 2.3. del numeral 2º de la siguiente manera:

Reconócese además a cada una de las siguientes personas, por concepto de perjuicios morales, el equivalente de 250 gramos oro para cada una: Nohelia Amparo, Olga Esneda, Noé de Jesús, Lucelly de Jesús, Gabriel Horacio, Guillermo Alfonso, Ligia del Carmen, Myrian Edilma y Martha Lucía Bedoya Toro.

4. Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día 25 de marzo de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO /
ACCIDENTE DE TRABAJO / JURISDICCION ORDINARIA /
JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA /
COMPETENCIA**

La responsabilidad patrimonial de tipo extracontractual que puede caberle a un establecimiento publico por los daños antijurídicos que le sean imputables, es materia de juzgamiento de esta jurisdicción. Sin embargo esta regla tiene sus excepciones; una de ellas está determinada por el conocimiento de la jurisdicción laboral ordinaria respecto de las controversias que se originen, directa o indirectamente, en contratos de trabajo, una de las cuales, indiscutiblemente, es el accidente de trabajo en cuya ocurrencia es determinante la culpa del patrono; en este evento, bien puede cambiar el régimen de responsabilidad y existir una “indemnización total y ordinaria por perjuicios”, descontando “el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo” (art. 216 del C. S. del T.).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 7761.

Demandada: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Actores: Libardo Mayorga Tobar y otros.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra el auto de 25 de junio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el cual se decidió:

“Niégase la declaración de nulidad propuesta por el apoderado de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá”.

SECCION TERCERA

ANTECEDENTES PROCESALES

La demanda fue presentada el 1º de febrero de 1991 en ejercicio de la acción de reparación directa, para que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá indemnizará los perjuicios ocasionados por la muerte del señor Libardo Mayorga García, quien se desempeñaba como ayudante de operación y mantenimiento de la entidad demandada; ésta solicitó la nulidad de lo actuado por cuanto el asunto corresponde a distinta jurisdicción; estima que los hechos debatidos son del conocimiento de la jurisdicción ordinaria; los términos de la sustentación son estos:

“No cabe duda que el señor Mayorga García tuvo la calidad de trabajador oficial y su vinculación se hizo mediante un contrato de trabajo, puesto que sus funciones eran las de Ayudante de Operación y Mantenimiento de la Sección de Operación Departamento Colegio, División Generación, de lo cual se evidencia que su trabajo única y exclusivamente consistía en ayudar al sostenimiento (mantenimiento) de una obra pública como son las plantas generadoras de energía.

“Así las cosas y en la medida en que la vinculación del señor Libardo Mayorga García se efectuó mediante contrato de trabajo cuya prueba escrita anexo al presente y que dicho contrato se celebró el día 27 de abril de 1988, es imperioso concluir que el citado señor Mayorga García sostuvo, hasta el día de su muerte, una relación laboral con la Empresa de Energía de Bogotá.

“(…)”

“De conformidad con el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948 adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente (Código Procesal de Trabajo), ‘la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo’.

“El artículo 199 del Código Sustantivo de Trabajo por su parte, define claramente lo que se entiende por accidente de trabajo como ‘...todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo...’: esta disposición nos demuestra claramente cómo un accidente de trabajo está originado indirectamente en el contrato de trabajo y, en consecuencia, sus efectos jurídicos en caso de conflicto deben ser declarados por los jueces de la jurisdicción del trabajo” (fls. 7 y 7A del expediente).

El actor se opuso a la solicitud “teniendo en cuenta que lo pedido en esta demanda es la responsabilidad extracontractual del establecimiento publico

demandado, que no tiene que ver con la relación laboral que existía entre la víctima y la Empresa de Energía de Bogotá. Insisto: mi demanda no solicita el pago de indemnizaciones laborales, sino extracontractuales por una falla en la prestación de un servicio público”; en apoyo de su tesis citó algunas sentencias de esta Corporación.

El *a quo* negó la nulidad solicitada acogiendo los planteamientos del actor, a ellos añade que, de acuerdo con el artículo 86 del C. C. A., corresponde a esta jurisdicción definir el litigio, pues el demandante “...solicita en la demanda que se declare administrativamente y extracontractualmente responsable a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá por riesgo especial, ya que a dicha entidad le corresponde la protección y cuidado de sus trabajadores cuando están laborando...”.

Insatisfecha con la decisión anterior, la demandada la apeló arguyendo que, para casos similares, esta jurisdicción ha dicho que son de competencia de la jurisdicción laboral ordinaria los conflictos originados en contratos de trabajo; sostiene:

“Significa lo anterior, que siempre que perece un empleado vinculado a la administración en accidente de trabajo, habrá que buscar una causa externa, distinta de la voluntad de la víctima, que haya causado la muerte o las lesiones al trabajador, con lo cual se evidencia claramente la falta o falla en el servicio, puesto que de no existir esa causa externa, que bien puede ser otro trabajador vinculado a la misma entidad, estaremos simple y llanamente frente a un típico accidente de trabajo” (fl. 12A del expediente).

“Es evidente que la persona que se dedica a las actividades relacionadas con la energía, en términos generales, está expuesta a riesgos, derivados de la peligrosidad de los mismos, de su propia pericia y de la ausencia de sistemas de medidas de seguridad, pero así mismo es cierto que cada día se avanza más en la innovación de métodos y sistemas de seguridad y protección que disminuyen considerablemente y que aún en algunos casos hacen desaparecer por completo esos riesgos, siempre y cuando aquellos se adopten y apliquen en debida forma. La muerte del señor Mayorga García ocurrió por el riesgo normal de la actividad, pues la labor de mantenimiento que él venía realizando desde hacía meses se podía adelantar y culminar sin que se causaran daños y sólo se podían producir en el evento en que se incurriera en un descuido, en una imprudencia del mismo trabajador, como efectivamente ocurrió. Lo normal es que por el trabajo de mantenimiento como el que ejecutaba el día de los hechos el señor Mayorga no se produzca ningún daño en la integridad de la persona que hace esa labor y mucho menos la muerte.

SECCION TERCERA

“Por eso no es de recibo la tesis de la falta o falla del servicio por no haber vigilado al trabajador, puesto que es materialmente imposible que la Empresa tenga personal para que vigile a cada uno en su labor, sencillamente se les adiestra con el curso de inducción y el entrenamiento previo en El Muña, y orgánicamente existen jefaturas que ordenan y coordinan los trabajos pero no pueden vigilar paso a paso todos y cada uno de los movimientos de los subalternos en la realización de su labor.

“Vistas así las cosas encontramos que la única causa que se puede aceptar en la ocurrencia de los hechos, fue el haber estado vinculado laboralmente en la Empresa el señor Mayorga y en virtud de esa vinculación realizaba su trabajo el día de los hechos, como normalmente lo hacia.

“No quedando duda de la condición de trabajador oficial de Libardo Mayorga, y de la existencia de un contrato de trabajo con la Empresa de Energía de Bogotá, en cuyo desarrollo murió, es claro que el juez competente es el laboral porque así lo dispone el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, cuando señala a esa jurisdicción, la competencia para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo” (fls. 13A a 14 del expediente).

Tramitado el recurso sin pronunciamiento de las partes, para resolver,

SE CONSIDERA:

Los establecimientos públicos, por razón de las funciones administrativas que atienden por de finición legal, están por regla general, sujetos a un régimen de derecho público, y el juzgamiento de sus actos, hechos, operaciones y contratos corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El anterior principio reiterado insistentemente por la jurisprudencia y la doctrina nacionales según la deducción que generan los preceptos contenidos en los artículos 1º y 5º del Decreto Extraordinario número 1050 de 1968, y 30 y 32 del Decreto Extraordinario número 3130 del mismo año.

Desde este punto de vista, la responsabilidad patrimonial de tipo extracontractual que puede caberle a un establecimiento publico por los daños antijurídicos que le sean imputables, es materia de juzgamiento de esta jurisdicción.

Sin embargo esta regla tiene sus excepciones; una de ellas está determinada por el conocimiento de la jurisdicción laboral ordinaria respecto de las controversias que se originen, directa o indirectamente, en contratos de trabajo (art. 2º del Código Procesal de Trabajo), una de las cuales, indiscu-

tiblemente, es el accidente de trabajo en cuya ocurrencia es determinante la culpa del patrono; en este evento, bien puede cambiar el régimen de responsabilidad y existir una “indemnización total y ordinaria por perjuicios”, descontando “el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo” (art. 216 del C. Sustantivo del Trabajo).

En estas condiciones, el hecho séptimo de la demanda es altamente revelador de la situación planteada; dice:

“7º. Su muerte fue una total imprudencia y descuido de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, porque se dejó trabajar completamente sólo a un muchacho que tenía el cargo de ayudante y que no era experimentado para manejar los aparatos eléctricos en esta hidroeléctrica. Mientras él trabajaba no existió, por parte de sus superiores, ninguna clase de supervisión” (fl. 2 del expediente).

Aceptadas las razones de la recurrente respecto de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que ataba al fallecido Libardo Mayorga con la empresa demandada y analizadas en conjunto con la causa *petendi* y con las peticiones de la demanda, todo dentro del marco jurídico descrito anteriormente, es indudable que el conocimiento de este asunto es de la jurisdicción laboral ordinaria; en el mismo sentido, la Sala había resuelto sobre hechos similares en auto de 26 de septiembre de 1991, expediente número 6794, actores: María Amanda Díaz de Ochoa y otro, Consejero Ponente, doctor Daniel Suárez Hernández.

Se ha estructurado, en consecuencia, la causal de nulidad prevista por el ordinal 1º del artículo 140 del C. de P. C., que debe declarar la Sala previa revocatoria de la Providencia apelada.

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

RESUELVE:

Primero. *Revócase* el auto apelado.

Segundo. *Declárase* la nulidad de lo actuado a partir de la admisión de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 25 de marzo 1993.

SECCION TERCERA

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / CULPA PERSONAL DEL AGENTE - Inexistencia

Si bien el hecho se cometió en horas fuera de servicio, no es razón suficiente para concluir que se trató de un hecho personal de los agentes que lo ejecutaron. En primer lugar, existía un vínculo que los ataba a la institución, y el ilícito se cometió mediante la invocación que uno de ellos hiciera de su condición de miembro de la Policía Nacional, pues esta calidad no se suspende cuando concluyen las horas de trabajo; por el contrario, es de orden permanente, con mayor razón si se prevale de esta investidura para desarrollar una actividad. La responsabilidad de la administración quedó comprometida; la vigilancia, el cuidado y el celo en la designación de las personas que prestan sus servicios en las fuerzas armadas, no sólo se hace con el fin de prestar un servicio en las horas de trabajo, sino que van más allá; el personal queda comprometido con la institución por disposición de orden constitucional y legal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Proceso número 7173.

Actora: Mabel Poveda de Patiño.

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá el 18 de noviembre de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

“Primero. Declarar administrativamente responsable a la Nación colombiana-Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, por la falla del

SECCION TERCERA

servicio en la que perdió la vida el menor Jorge Edwer Patiño Poveda el día 23 de septiembre de 1988 en las circunstancias ya analizadas.

“Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, Polinal, a pagar por perjuicios morales subjetivos los siguientes valores:

“a) Mil (1.000) gramos oro puro a la señora Mabel Poveda de Patiño.

“b) Quinientos (500) gramos oro a la menor Dorancelly Patiño Poveda, representada por su señora madre Mabel Poveda de Patiño.

“c) Quinientos (500) gramos oro al menor José Yofre Patiño Poveda, representado por su señora madre Mabel Poveda de Patiño.

“d) Quinientos (500) gramos oro a la menor Leydy Patiño Poveda, representada por su señora madre Mabel Poveda de Patiño.

“Estos valores se consideran como condena *In concreto* y se tasarán de acuerdo con certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, y se pagarán en favor de las personas antes nombradas o a quien acredite estar facultado por ellos para recibir en sus respectivos nombres.

“Tercero. Cúmplase esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A., con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses sobre intereses.

“Cuarto. Niéganse las demás pretensiones”.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 21 de septiembre de 1990 Mabel Poveda de Patiño, en nombre propio y en el de sus hijos menores Dorancelly, Leydy Mabel y José Yofre Patiño Poveda, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, para que se la declarara patrimonialmente responsable por la muerte del menor Jorge Edwer Patiño Poveda por los hechos ocurridos el 23 de septiembre de 1988 en el Municipio de “El Paujil”, Departamento del Caquetá.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicitaron que se condénase a la entidad demandada a pagar en favor de los demandantes perjuicios morales y materiales, más los intereses que se llegaren a causar y la correspondiente actualización de la condena.

Los hechos que originaron la controversia se resumen así:

El 23 de septiembre de 1988 en el Municipio de "El Paujil", Departamento del Caquetá, fue asesinado el menor Jorge Edwer Patiño Poveda por miembros de la Policía Nacional, Agentes Campo Elías Mendoza y Rogerio Arbeláez adscritos al Comando del Caquetá, cuando en ejercicio de sus funciones intentaron capturar a los menores César López Hernández (Compañero de la víctima) y Jorge Edwer Patiño Poveda, pues los habían considerado malhechores y el trato que les dispensaban fue de "ratas".

Rogerio Arbeláez autor material del delito, integraba con otros tres Agentes la "Escuadra de Fuerza de Reacción o Escuadra Disponible, con motivo de las fiestas Patronales y Ferias, según orden del día 076 del Comando de Policía Paujil, de fecha 21 de septiembre de 1988".

El apoderado especial de la Nación. Policía Nacional en el termino legal solicitó la práctica de pruebas con el fin de desvirtuar "la pretendida falla del servicio".

Vencido el termino probatorio, se ordeno correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, el procurador judicial de la parte demandante insistió en la legalidad de lo pedido, por cuanto se dan las circunstancias que comprometen la responsabilidad de la Nación; el apoderado de la parte demandada estimó que deben negarse las pretensiones de la demanda y la señora Fiscal del Tribunal considero que "no se probó entonces el nexo con el servicio, ni tampoco los elementos de la falla presunta, por lo que se deben negar las súplicas de la demanda".

Para adoptar la decisión impugnada el Tribunal reflexionó en estos términos:

"(...)"

"La falla del servicio en el *sub examine* se deduce por cuanto los miembros de la Policía Nacional deben acatar la ley, quiérese decir que su línea de acción es la ley, pues así lo dispone el reglamento de servicio de vigilancia urbana y rural (Resolución No. 60168 de 1961) y en sus intervenciones deben utilizar según artículo 23 de la aludida resolución un sano criterio profesional interpretativo de la norma legal sin hacer jamás uso de rigores innecesarios.

"También el Decreto 2137 de 1983 el Estatuto Orgánico de la Policía reza que la Policía Nacional está instituida para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, garantizar el ejercicio de las libertades públicas y los derechos que de esta se deriven, prestar el auxilio que

SECCION TERCERA

requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y los derechos que de ésta se deriven, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cumplir las labores preventivas, educativas y sociales y en general conservar el orden público interno de la Nación, con los medios y dentro de los límites estatuidos en la Constitución Nacional en las leyes, en las convenciones y tratados internacionales, en los reglamentos de Policía y en los principios universales del Derecho.

“De las pruebas allegadas al proceso en especial la prueba trasladada concretamente la testifical y debidamente ratificada como son los testimonios de...”.

“Está pues demostrado que el agente Rogelio Arbeláez integraba la Escuadra de Fuerza de Reacción o Escuadra Disponible en la madrugada del 23 de septiembre de 1988 y así mismo que el Agente Campo Elías Mendoza estaba de franquicia desde las 07:00 a.m. del 22 de septiembre hasta las 07:00 a.m. del 23 de septiembre. Que al encontrarse el Agente Mendoza Martínez en su casa de habitación celebrando los cumpleaños de su esposa y como está probado tomándose unos tragos llegó el agente y compañero de Mendoza, esto es, Rogelio Arbeláez y quienes dentro de su habitación continuaron la parranda y disparando armas de fuego sin importarles la investidura de que gozaban como agentes del orden, pero lo que es más, se puede analizar la falla del servicio en dos formas o elementos fácticos:

“1) La función de agente-servicio está probada conforme a lo ya expuesto por cuanto el Agente Rogelio Arbaláez se desempeñaba o mejor integraba la escuadra disponible de la Estación de Policía de “El Paujil” Caquetá, actividad que lo vincula directamente con el servicio, y como de acuerdo a la ley y al reglamento de servicio de vigilancia urbana y rural y al Estatuto Orgánico de la misma, si integra la escuadra de fuerza de reacción o fuerza disponible es lógico que está en servicio, máxime si por las circunstancias de modo, tiempo y lugar y concretamente por ser festividades por la época del 23 de septiembre en esa municipalidad, hace que el servicio de Policía sea eficaz y oportuno. Conforme a esa función del servicio se omitió por parte del Comando el control sobre la fuerza disponible, pero si no se da la omisión, si está probado que el Agente Rogelio Arbeláez con su investidura y por los celos de vigilancia aprehendió al menor en aras de la tranquilidad ciudadana y retuvo a dicho menor al verlo en la camioneta, pensando que se trataba de una “rata” pues no otra cosa demuestran los testimonios y las pruebas obrantes en el proceso”.

“...”

“Observa la Sala que hubo un daño, que se causó un perjuicio como está demostrado dentro del plenario con el certificado de defunción del menor Jorge Edwer Patiño Poveda obrante a folio 27 del cdno. número 1 y demás piezas procesales.

“Que la muerte de Jorge Edwer se debió a la herida o lesión causada con arma de fuego por parte del Agente de la Policía Nacional Rogelio Arbeláez conforme se demostró dentro del proceso penal seguido en contra del funcionario y como bien lo confirma el honorable Tribunal Superior Sala de Decisión Penal...”

“...”

“Conforme a las probanzas obrantes dentro del proceso se tiene:

“En primer término que los señores Rogelio Arbeláez y Campo Elías Mendoza Martínez por la época de haber acaecido el hecho se desempeñaban como Agentes de la Policía Nacional adscritos al Departamento del Policía del Caquetá asignados en la Estación de Policía de ‘El Paujil’, Caquetá. Así mismo que en la madrugada del 23 de septiembre de 1988 el agente Rogelio Arbeláez se encontraba en funciones del servicio y, su compañero gozaba de franquicia. Que del análisis hecho en el elemento descrito en el literal a) y de la prueba obrante al proceso podemos deducir que en el *sub examine* se da el nexo inteligible, pues como ya se dijo anteriormente el ‘celo de vigilancia’ del agente Arbeláez y la actuación pasiva frente al servicio que realizaba el Agente Arbeláez por parte de Mendoza Martínez, en pro del servicio público - amparando la sociedad- hizo que el perjuicio se consumara. Dándose con ello la presencia del nexo de causalidad en el *sub examine*”.

Por las razones expuestas el Tribunal declaró responsable a la entidad demandada y la condenó a pagar perjuicios morales en favor de la madre y los hermanos; los perjuicios materiales fueron negados pues no se dan los elementos de juicio para su reconocimiento.

La parte actora interpuso recurso de apelación; su súplica consiste en el incremento de la condena por perjuicios morales y además, se condene al pago de perjuicios materiales con su actualización, más los intereses respectivos. Esta solicitud fue reiterada nuevamente en la etapa de los alegatos.

En el trámite de segunda instancia, el apoderado judicial de la entidad demandada presentó su alegato de conclusión y solicitó se mantenga la condena hecha por el Tribunal de origen, en ese orden de ideas se desestime

SECCION TERCERA

el recurso de apelación interpuesto. Por su parte, el señor Fiscal de la Corporación guardó silencio.

Revisado el proceso no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La decisión adoptada por el tribunal se confirmará, por darse los presupuestos necesarios para ello.

La señora Mabel Poveda de Patiño y los menores Dorancelly, Leydy Mabel y José Yofre Patiño Poveda, probaron su legitimidad para actuar, según las actas de los registros civiles de nacimiento y matrimonio que obran a folios 17 a 21 del expediente.

Quedaron claros los siguientes presupuestos fácticos de hecho; en la madrugada del 23 de septiembre de 1988 fue asesinado el menor Jorge Edwer Patiño Poveda en el Municipio de "El Paujil", Departamento del Caquetá, según consta en el Certificado de Defunción (fl. 27), por parte del Agente de la Policía Nacional Rogelio Arbeláez con el arma de fuego que le facilitara su compañero y amigo Campo Elías Mendoza, también miembro activo de esta institución.

Obra en el expediente copia de la diligencia de Inspección Judicial practicada en el proceso penal, por parte del Juzgado Catorce de Instrucción Criminal Ambulante de Florencia (fls. 104 y 105), a los libros de minuta de guardia y de servicios de la Estación de Policía de El Paujil, donde se dejó la siguiente anotación: "Para los días: 21, 22 y 23 de septiembre de 1988 los señores agentes: Jaramillo Jiménez Sigifredo, Benítez Cabezas Carlos, Sánchez Valderrama Jhon y Arbeláez Rogelio, se encontraban, o mejor, conformaban la Escuadra de Fuerza de Reacción o Escuadra Disponible, con motivo de las fiestas Patronales y Ferias según Orden del Día 076 del Comando de Policía El Paujil, de fecha 21 de septiembre de 1988". En igual sentido corrobora lo anterior la declaración rendida por el señor Guillermo Trujillo Vélez (fls. 108 a 111), empleado del Municipio de "El Paujil", así: "Preguntado: Para donde eran esos colchones que usted transportaba de acá de Florencia hacia El Paujil? Contestó: "Es para el salón del concejo, donde se ibna (sic) a hospedar o alojar unos Agentes o refuerzo que estaban allá en "El Paujil", ya que eso era temporada de Fiestas de la Virgen de las Mercedes y Ferias".

En cuanto al Agente Campo Elías Mendoza Martínez, según declaración del Comandante de Policía de esa localidad Víctor Lozada Castaño, para esa fecha se encontraba en franquicia por un permiso que le había sido concedido.

Las declaraciones rendidas en el proceso penal y ratificadas en esta controversia por los señores Jesús Jacobo Barrero Delgado, (fls. 136 y 137), Elvia Mavesoy Valenzuela (fls. 138 a 140) y Omar Cardozo (fls. 148 y 149), y principalmente el proceso penal adelantado por la justicia ordinaria contra los inculpados Campo Elías Mendoza y Rogelio Arbeláez, el cual culminó con sentencia condenatoria de 20 años de prisión, por haberlos encontrado responsables del delito de homicidio cometido contra la humanidad del menor Jorge Edwer Patiño Poveda, relevan cualquier discusión sobre la materialidad del hecho imputable a los Agentes de la Institución.

La declaración del menor Oscar López Hernández acompañante del occiso, es otro indicio que permite inferir esta circunstancia.

Según las declaraciones relacionadas se advierte que cuando se cometió el ilícito los agentes no portaban su uniforme de dotación oficial sino utilizaban trajes de civil; en cuanto al arma con la cual se produjo la muerte del menor, no hay prueba de que fuese de propiedad de la institución, al contrario parece que pertenecía al Agente Campo Elías Mendoza. Por otra parte, este último gozaba de franquicia, no estaba en servicio activo. En cuanto al Agente Rogelio Arbeláez se encontraba en disponibilidad permanente con motivo de las fiestas patronales del municipio.

Aun bajo estas circunstancias no se exonera de responsabilidad a la entidad demandada, pues si bien el hecho se cometió en horas fuera del servicio, no es razón suficiente para concluir que se trató de un hecho personal de los agentes que lo ejecutaron. En primer lugar, existía un vínculo que los ataba a la institución, y el ilícito se cometió mediante la invocación que uno de ellos hiciera de su condición de miembro de la Policía Nacional pues esta calidad no se suspende cuando concluyen las horas de trabajo; por el contrario, es de orden permanente, con mayor razón si se prevale de esta investidura para desarrollar una actividad.

En este orden de ideas la responsabilidad de la administración quedó comprometida; la vigilancia, el cuidado y el celo en la designación de las personas que prestan sus servicios en las fuerzas armadas, no sólo se hace con el fin de prestar un servicio en las horas de trabajo, sino que van más allá; el personal queda comprometido con la institución por disposición de orden constitucional y legal.

Del análisis anterior deduce la Sala que existe un hecho dañoso, el cual consiste en los disparos ocasionados con arma de fuego por parte del Agente Rogelio Arbeláez, con la ayuda de su compañero Campo Elías Mendoza, un

SECCION TERCERA

daño, es decir la muerte del menor Jorge Edwer Patiño Poveda ocurrida el 23 de septiembre de 1988, y la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Este nexo causal que contiene elementos perceptibles e inteligibles, están relacionados con las formas externas y ostensibles y el grado de influencia que en la producción del perjuicio tuvo el servicio, en este sentido le corresponde al juez indagar si el agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio, como sucedió en el caso *sub examine*.

Bajo los supuestos de hecho y de derecho analizados, no existe duda que estamos frente al sistema de falla del servicio probada, la administración por su parte no demostró que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, ni tampoco que hubo ausencia de falla en la producción del acto.

Perjuicios morales:

La Sala acoge la decisión del Tribunal al condenar a la entidad demandada al pago de esta clase de perjuicios; sin duda alguna, con ocasión de la muerte del menor Jorge Edwer Patiño Poveda, se produjo un daño moral que no es avaluable económicamente, pero para efectos de su reparación debe hacerse un estimativo patrimonial. Como los demandantes son la madre y los hermanos del occiso, existe la presunción judicial sobre la aflicción moral sufrida, los actores en este caso no tienen necesidad de probar tal circunstancia, por lo tanto se mantendrá la condena hecha en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por encontrarla ajustada; no es procedente la inconformidad del apelante para que esta sea incrementada.

Perjuicios materiales:

También es de recibo el criterio adoptado por el *a quo* al no reconocer por concepto de daño emergente y lucro cesante, perjuicios materiales, por cuanto no fueron demostrados, la prueba testimonial aportada no es adecuada para la finalidad perseguida y además la muerte del menor Jorge Edwer Patiño Poveda causó un perjuicio eventual, que no es posible determinar, ya que no contaba con la capacidad legal productiva, no había llegado a la edad apta para el trabajo, tampoco contaba con el permiso respectivo del Ministerio correspondiente.

En consecuencia, la víctima a sus catorce años, no producía y la prueba necesaria para desvirtuar lo dicho debía tener un carácter más especial y rígida; por lo tanto, tampoco se accederá a las súplicas del apelante.

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

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá el 18 de noviembre de 1988, por las razones expuestas en la parte motiva.

Enviéanse copias de la sentencia de primera y segunda instancias a los actores y al Ministerio de Defensa, Policía Nacional para su cumplimiento.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 25 de marzo de 1993.

**FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Inexistencia /
TORTURA - Inexistencia**

Para la Sala las conclusiones a que llegó el Tribunal Nacional en torno a la no existencia de torturas, fundamento clave en su decisión, son plenamente convincentes y están acordes con el acervo probatorio recaudado dentro del presente proceso, donde precisamente se alegan esas torturas como configurativas de la falla del servicio; y aunque lo decidido por el juez penal no constituye en este proceso cosa juzgada, existen elementos de juicio que no permiten, en esta oportunidad, arribar a conclusión diferente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Ref.: Expediente número 7515.

Consulta.

Actora: Tránsito Supelano de Espitia.

Procede la sala a conocer en grado de consulta la sentencia de 9 de abril de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

“1. Declárase no probada la excepción que por indebida acumulación de pretensiones propuso el demandado.

“2. Declárase administrativamente responsable a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) por las torturas morales ejecutadas en Juan Tadeo Espitia Supelano, entre los días 17 y 22 de diciembre de 1982.

“3. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), a reconocer y a pagar a título de

indemnización por perjuicios morales, a favor de Tránsito Supelano, el valor en pesos colombianos de 150 gramos oro fino, que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“4. La suma a que ascienda la condena, ganará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y comerciales moratorios, del vencimiento de este término, hasta su cancelación.

“5. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

“6. Para el cumplimiento del fallo, dese aplicación a los artículos 176 y 177 del C. C. A (Decreto-ley 01 de 1984).

“7. Si no fuese apelada esta providencia, consúltese con el superior (art. 184 *ibidem*)”.

En la demanda presentada el 16 de diciembre de 1985 se pidió expresamente:

“1.1 La Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a la demandante con los interrogatorios, malos tratos y torturas físicas y morales prohibidos por la ley a que sometieron a su hijo Juan Tadeo Espitia Supelano, según hechos ocurridos en Bogotá entre el 17 y 22 de Diciembre de 1982 y protagonizados por efectivos de las Fuerzas Militares de Colombia.

“1.2 Condénese a la Nación a pagar a Tránsito Supelano de Espitia el valor de los daños y perjuicios materiales, incluyendo en ellos los intereses compensatorios de lo que sumen desde la fecha de su causación y hasta la de la sentencia y los honorarios que deben pagarle al abogado por hacer valer sus derechos, en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en el curso del proceso.

“Señalo en cien mil pesos, *de la fecha* el valor de los *perjuicios materiales* causados a la demandante.

“Su pago se hará en pesos de valor constante en relación con la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor de precios bajos, desde la fecha del suceso perjudicial.

“1.3 En subsidio, si los autos no arrojaran la base suficiente para determinar el valor de los perjuicios materiales, ruego a los señores Magistrados que los fijen, por razones de equidad en el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, con fundamento en los artículos 107 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

SECCION TERCERA

“1.4 *Perjuicios Morales*, en el equivalente en pesos a la fecha de la sentencia, de mil gramos de oro fino.

“1.5 Intereses aumentados con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor de Ingresos Bajos desde la fecha de la sentencia hasta la de su efectivo cumplimiento.

“La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria”.

“Todo pago se imputará primero a intereses”.

En el mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que el día 17 de diciembre de 1982 fue detenido el señor Juan Tadeo Espitia S. por agentes que afirmaron ser del Mas, quienes lo condujeron al Alto del Tigre y lo torturaron para que confesara haber dado muerte a la señora Gloria Lara de E.

2. Que el 19 de diciembre se le condujo, con amenazas de darle muerte a su madre, primero a su casa de habitación para que presenciara el allanamiento y luego a la Brigada de Institutos Militares, donde continuaron el interrogatorio con la advertencia de que si no confesaba violarían a su mamá y la harían picadillo.

3. Que el día 20 siguiente lo llevaron a la caballeriza donde estaba su amigo Fredy Rivera y el señor Rodrigo Alberto Pinilla. Allí “fue admitiendo incondicionalmente y abiertamente ser el autor del disparo que puso fin a la vida de la referida dama”.

4. Que mientras era torturado se grabó un video cassette contentivo de su confesión, los cuales fueron exhibidos a través de la televisión.

5. Que las torturas le produjeron las serias lesiones detalladas en el hecho 2.2. de la demanda.

6. Que esas torturas le causaron también perjuicios morales.

El tribunal una vez cumplido el procedimiento de la primera instancia, decidió en la forma anotada atrás, luego de rechazar las excepciones de indebida acumulación de pretensiones e ilegitimidad de personería. Estimó el tribunal que se habían probado los hechos narrados en la demanda en lo fundamental, con bases en una cadena de indicios conformada por declaraciones testimoniales y documentos. Preciso que no se había probado la falla del servicio en cuanto a las torturas físicas, pero sí en cuanto a las morales.

Conformes las partes con lo así decidido, guardaron silencio por lo que debió enviarse el proceso a esta corporación en grado de consulta. Cumplido el trámite correspondiente, sin la intervención de la parte demandante ni del ministerio público, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

La Nación demandada, aunque no apeló si cuestionó los alcances del fallo en el alegato de conclusión que obra a folios 250 y siguientes De ese escrito se destaca el siguiente aparte:

“Por lo tanto de las pruebas obrantes en el proceso de las cuales se pretenda indemnización por parte del Estado para la accionante por los presuntos perjuicios y torturas físicas y morales causadas al hijo, vivo, mayor de edad, delincuente con ocasión de la captura e interrogatorios a que éste fue sometido, se deja sin piso al *no tener respaldo probatorio* que así lo demuestre; antes por el contrario se desvirtúa fehacientemente la existencia de las supuestas torturas lo cual se corrobora de acuerdo con la providencia de octubre 7 de 1986 de la Sala Penal del Tribunal Superior en la que se expresa la *inexistencia de las torturas* como medio utilizado por las autoridades para provocar la confesión de los implicados en tan execrable crimen, no pudiéndose admitir o ser de recibo para ningún ciudadano de bien, ni siquiera con una mediana cultura, moral o principios que indemnice el mismo Estado al infractor que viola y pisotea nuestro ordenamiento legal pretendido ahora ser indemnizado por las torturas psicológicas o morales sufridas siendo que, si algún dolor podrá sufrir el señor Juan Tadeo Espitia Supelano era su misma conciencia, su propio ‘yo’ que lo señalaba, acusaba y perseguía, porque es imposible creer que una persona por malvada que sea, que actúa movida por sus bajos instintos y malformaciones de carácter espiritual, no tenga momentos críticos de arrepentimiento, no sólo por lo realizado sino por el dolor causado a la sociedad y a la familia de la cual fue y es miembro, siendo el único responsable directo del dolor sufrido por la madre”.

Para la sala la sentencia no podrá mantenerse, por cuanto no se demostró la falla del servicio, como pasa a explicarse:

En primer término, observa con extrañeza que ni siquiera la persona que se dice sufrió las torturas presentó demanda. Y la demandante, que afirma sufrió un grave trauma psíquico por esas mismas torturas infligidas a su hijo, se guardó ese intenso dolor por casi tres años y sólo vino a reclamar en los últimos días de la caducidad. Sucedió en esto algo similar a lo que se afirma paso con los torturados, quienes, pasados varios meses, recordaron que habían sido torturados para sacarles la confesión del crimen.

SECCION TERCERA

Hecha la advertencia precedente, se anota:

Muestra la causa *petendi* que la falla del servicio se hizo consistir en las torturas a que fue sometido el señor Juan Tadeo Espitia Supelano, durante la investigación por el asesinato de la señora Gloria Lara de Echeverri.

Pues bien, el hecho de las torturas fue exhaustivamente analizado por la justicia penal, la cual en sentencia definitiva de agosto 20 de 1992, dictada por el Tribunal Nacional, decidió que ese hecho no se había demostrado y que, por tanto, las confesiones iniciales de los implicados en el proceso penal conservaban toda su validez y alcance demostrativo.

De ese fallo, traído al expediente mediante auto para mejor proveer, se destacan los siguientes apartes que la sala prohija y comparte plenamente:

“Tercera. Y todavía, para ahondar más en la solidez de la afirmación que se hace en el sentido de que las graves torturas que alegaron los procesados confesos, no existieron, y que, por consiguiente, sus versiones rendidas tanto ante funcionarios de Policía Judicial como ante el propio Juez de Instrucción Criminal encargado de la investigación, fueron libres y espontáneas, pero además, ciertas, porque nadie miente para perjudicarse en forma tan grave: a manera de ilustración y solo para relieves, una vez más, la seriedad de los argumentos en que se apoya tal conclusión, la Sala procede a reproducir con fidelidad el planteamiento que sobre el particular aparece en el auto enjuiciatorio que se comenta, pero sólo, y por brevedad, respecto de tres de los procesados confesos, pues para los restantes, resultan válidas similares consideraciones, y a ellas nos remitimos en esta ocasión”.

“Respecto del procesado Espitia Supelano:

“...Consta en el proceso que la indagatoria recibida a este sindicado, se inició el 19 de diciembre de 1982, con ampliación en los días 21 y 22 de 1982; en sus respectivas actas no aparecen anotaciones que signifiquen la presencia en la humanidad del inculcado huellas de torturas físicas; por otra parte el juez que las recepciona, tampoco advierte una lesión tan notoria (Hemorragia subconjuntival). Si el médico de las fuerzas militares examina al sindicado el 23 de diciembre y el legista lo hace el veintinueve, teniendo en cuenta que la diligencia se inició el 19 de diciembre, nos indica que la lesión fue posterior a su vinculación procesal...”.

“...”

“Cuarta. Queda visto, pues, que las torturas alegadas, por los procesados confesos y sus defensores, no resisten el menor análisis, frente al cúmulo

de razones que desvanecen su pretendida defensa, orientada principal y fundamentalmente a través de este gastado recurso. Más contundentes no pueden ser los argumentos que aquí se han presentado, para echar por tierra la manida disculpa de los enjuiciados por el repugnante y vil doble crimen de que se hizo víctima a la distinguida funcionaria del Ministerio de Gobierno”.

“Quinta. Descartadas, pues, las torturas alegadas por los procesados confesos, se derrumban sus retractaciones, y en consecuencia, sus confesiones iniciales se mantienen intactas, y se constituyen en prueba de indiscutible valor legal para una sentencia de condena. Se debe recordar, a este efecto, como atrás se anotó, que es axioma universal, de inexorable aplicación en el campo del Derecho, éste de que nadie, por regla general, miente para perjudicarse, menos, mucho menos, en materia tan grave, enfrentando, y de que manera, la justicia, con la aceptación de haber participado en la ideación, preparación y realización de delitos tan repudiables, que como otros de la misma bajeza moral, por desgracia, de frecuente ocurrencia en el país, lastiman tan sensiblemente la dignidad nacional”.

“Segunda. La experiencia judicial indica que a menudo, quienes confiesan un delito ante funcionarios de Policía Judicial, se retractan, luego ante el juez, en la primera oportunidad en que entran en su contacto, con razón o sin ella, pero, aduciendo siempre haber sido víctimas de toda clase de atropellos y desafueros por parte de los policiales para forzarlos a confesar un crimen no cometido”.

“Pero, lo que sí es contrario al mismo sentido común, y por serlo, resulta inaceptable, es que un imputado, admita en los interrogatorios preliminares, realizados por miembros de la Policía Judicial, su participación en el delito investigado, y ratifique luego su confesión ante los jueces investigadores, pero sólo después de transcurrido un tiempo, resuelva retractarse, afirmando que su versión inicial fue producto de la violencia ejercida por los investigadores de los Organismos Secretos del Estado, auxiliares de los jueces, como es lo que ocurrió en este proceso con la casi totalidad de los sindicados”.

“Se pregunta, entonces, la Sala. Si la primera versión fue dada bajo la fuerte presión de la tortura de los investigadores secretos, la segunda y la tercera, rendida ya ante un hombre investido de tan alta y excelsa dignidad, cual es la de quien tiene la noble misión de administrar justicia, podrían también estar rodeados de similares características? Obviamente que la respuesta es negativa, y de ello, puede estarse absolutamente seguro, ya que ningún Juez de

SECCION TERCERA

la República en los últimos tiempos, se prestaría a semejante infamia, en detrimento de la misma Administración de Justicia que le corresponde impartir”.

“Frente a estas consideraciones, la Sala no tiene menos que estarse en esta oportunidad procesal, a lo que a todas voces reclama en este proceso, el reconocimiento y aceptación de una realidad, cual es la de que, efectivamente, lo usual, lo que la experiencia judicial enseña, lo que resulta adecuado al sentido común, es que lo primero que se le puede ocurrir al más ingenuo y torpe de los individuos que enfrentan la justicia, es decirle al juez en su primera indagatoria, que desconoce y rechaza la confesión que rindió ante los funcionarios de la Policía Judicial, por haber sido víctima de maltratos y torturas, y proceder, si está frente a la verdad, desde luego, a mostrar su cuerpo vulnerado, o a dar razón de sus afirmaciones, para dejar las constancias en la respectiva diligencia. Pero no repetir las confesiones ante el juez, y retractarse, como lo hizo uno de los inculcados, dos meses después, recordando para entonces, las torturas de que había sido víctima tiempo atrás, y bajo las cuales, había confesado hechos punibles no cometidos, y lo que es más grave aún, las que habían determinado comprometer a sus amigos, que nada tenían que ver en la comisión de tan repudiables ilícitos”.

“Resulta claro, entonces, que estas son unas retractaciones tardías, y a todas luces, infructuosamente recursivas, que no pueden aceptarse, así médicos forenses hubiesen establecido huellas de violencia en las humanidades de los implicados, las que por no haberse denunciado a tiempo, ni haber sido advertidas en la primera indagatoria por el propio juez, suscitan la idea de que fueron producidas con posterioridad a las versiones donde admitieron la autoría de los hechos investigados. No hay otra explicación humana y razonable”.

“De otra parte, en la providencia enjuiciatoria proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ya se había hecho un severo y juicioso análisis de las torturas a que dicen fueron sometidos los procesados, y bajo cuyos efectos, éstos reclaman que confesaron su participación en los hechos investigados, para descartar su existencia, llegándose a la terminante y categórica conclusión de que las torturas, en este caso, como en muchos otros, de similar índole y frecuente ocurrencia, que suelen invocarse, a la espera de resultados favorables, constituían sólo un socorrido y ya bastante desacreditado recurso, para liberarse de la acción de la justicia, frente a unos cargos muy graves, por cierto, ya admitidos por ellos

mismos, por lo que no se ve, entonces, razón valedera alguna, para que la Sala desestime, ahora, tan determinantes conclusiones, tanto más, cuanto que en el período probatorio del plenario, no se presentó ningún hecho nuevo modificadorio de esta situación”.

“No hay lugar, entonces, a volver en esta oportunidad, sobre un tema, cuyo cuestionamiento ha sido superado con abundancia de motivación en providencia ejecutoriada, tanto más incontrovertible, si se tiene en cuenta que la misma Procuraduría General de la Nación, al término de su Investigación Administrativa, descartó la existencia de torturas empleadas por los investigadores militares para obtener la confesión de los implicados, y los propios médicos militares, que examinaron a los detenidos, dieron cuenta que éstos no presentaban en su momento, huellas de maltrato físico o de torturas”.

Para la sala las conclusiones a que llegó el Tribunal Nacional en torno a la no existencia de torturas, fundamento clave en su decisión, son plenamente convincentes y están acordes con el acervo probatorio recaudado dentro del presente proceso, donde precisamente se alegan esas torturas como configurativas de la falla del servicio; y aunque lo decidido por el juez penal no constituye en este proceso cosa juzgada, existen elementos de juicio que no permiten, en esta oportunidad, arribar a conclusión diferente. Cabe recordar que la justicia penal, con la intervención también del señor Juan Tadeo Espitia Supelano, contó incluso con mejores elementos de juicio para tomar su decisión.

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

FALLA:

1. *Revócase* la sentencia de 9 de abril de 1992. En su lugar: Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión del día 25 de marzo de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Electrocuación

El mantenimiento de los equipos no era el adecuado; por el contrario, se observa un notorio descuido que incrementaba, de manera notable, el riesgo de por sí alto que supone el funcionamiento de la energía eléctrica y que, constituye sin lugar a dudas, una falla del servicio imputable al Estado y capaz de comprometer su responsabilidad patrimonial. Los daños causados por el funcionamiento de la energía eléctrica han sido manejados por la Sala, con excepciones aisladas, por el sistema de la falla presunta. En el presente caso ni siquiera es necesario acudir a este último sistema, pues, como se dijo la propia entidad pública reconoce la negligencia existente en el cuidado de las máquinas, del instrumental y de los cables conductores de energía, lo cual conduce indefectiblemente a deducir la falla del servicio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 30 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Expediente número 6092.

Demandada: La Nación - Ministerio de Defensa.

Actores: Plinio Báez Rojas y otros.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar el 28 de septiembre de 1989, por medio de la cual dispuso:

“1°. Declárase no probada la excepción de caducidad.

“2°. Declárase a la Nación - Ministerio de Defensa, responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los señores Plinio Báez Rojas,

Carlota Maldonado de Báez y al menor Oscar Báez Maldonado y morales ocasionados a los señores Carlos Eduardo Báez Maldonado y Jaime Báez Maldonado, con la muerte del señor Luis Hernando Báez Maldonado, ocurrida el 2 de octubre de 1981.

“3º. En consecuencia con lo dispuesto en el numeral 1º, condénase *in genere* a la Nación; Ministerio de Defensa, a pagar a los señores Plinio Báez Rojas, Carlota Maldonado de Báez y al menor Oscar Báez Maldonado los perjuicios materiales sufridos al fallecimiento de Luis Hernando Báez Maldonado. La regulación se hará conforme a lo dispuesto en los artículos 172 del C. C. A. y 308 del C. P. C., para lo cual se seguirán las pautas mencionadas en la parte motiva.

“4º. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa, a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales el equivalente a mil (1.000) gramos oro a favor de cada uno de los padres de la víctima y el equivalente a quinientos (500) gramos oro para los hermanos, según certificación del oro expedida por el Banco de la República a la fecha de esta sentencia.

“5º. La suma de dinero que resulte de la liquidación de los perjuicios materiales causa intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que decida el incidente, y de ahí en adelante, intereses moratorios, igualmente a la condena concreta de los perjuicios morales, serán reconocidos y pagados, los intereses señalados, que se contarán desde la fecha de esta sentencia.

“6º. De la suma de los valores que resulten por la liquidación de perjuicios materiales y morales, en los términos que se detallan en los numerales anteriores será necesario restar lo que hayan recibido los padres por concepto de prestaciones laborales” (fls. 286 a 287, C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda se presentó el 26 de septiembre de 1984; en ella, Plinio Báez Rojas, Carlota Maldonado de Báez, Carlos Eduardo, Jaime y Oscar Báez Maldonado, solicitaron se declarase la responsabilidad patrimonial de la Nación, Ministerio de Defensa, Armada Nacional, por los perjuicios materiales y morales que les ocasionó la muerte del teniente de Infantería de Marina, Luis Hernando Báez Maldonado; sus padres Plinio y Carlota pidieron perjuicios materiales comprensivos del daño emergente y lucro cesante, o, en subsidio, una suma equivalente de 4.000 gramos de oro; por perjuicios morales subjetivos, reclamaron un valor equivalente a 1.000 gramos de oro

SECCION TERCERA

para cada uno, y una suma igual por perjuicios morales objetivados. Iguales sumas y por los mismos conceptos, solicitaron los otros demandantes.

2. Los hechos fueron resumidos por el *a quo* de la siguiente manera:

“El Teniente de Infantería de Marina del Cuerpo de alumnos de la Escuela de Submarinos de la Fuerza Naval del Atlántico, Luis Hernando Báez Maldonado, encontró la muerte al hacer contacto con un tablero electrónico inservible que estaba apoyado contra el aire acondicionado de la Oficina Plan Recosmos. Allí fue en busca de un tubo que necesitaba para hacer el arreglo de la guaya del timón vertical de la lancha submarina ‘E’ que se había reventado el día anterior durante el entrenamiento con el Cuerpo Cosmos VII” (fl. 261, C. 1).

3. Tramitada la primera instancia el *a quo* adoptó las decisiones que se copiaron atrás, luego de reflexionar con esta lógica:

a) De la caducidad de la acción dijo:

“Al hacer un estudio de los hechos que dieron origen a esta acción, observamos que el actor no dejó correr el término que reza la ley para acudir a la justicia Contenciosa Administrativa. En efecto los hechos de que dan cuenta las pruebas documentales al litigio, como lo enunciado en la demanda dan certeza de que ellos ocurrieron el día 2 de octubre de 1981 y para ese entonces estaba vigente el anterior C. C. A. que disponía para esta clase de acción un término de caducidad de tres años. Aplicable al caso en mención por disponerlo expresamente los artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1887 y 26 de la Constitución Nacional. Desde luego los tres años se cumplían el (2) dos de octubre de 1984, y la demanda se presentó el día 26 de septiembre de ese mismo año, dentro del término que disponía la ley” (fls. 270 a 271, C. 1).

b) Sobre la ocurrencia de los hechos, expresó:

“...Del profundo estudio que se ha hecho en este caso determinamos que el Teniente Báez cuando quedó agarrado al tablero electrónico, estaba en servicio y buscaba el tubo para hacer el trabajo que se le había encomendado, según lo relata el testigo presencial, pero desafortunadamente por cuestiones del destino se asió o recostó al mentado tablero electrónico ocasionándole ese movimiento corporal, la muerte, y por razones que científicamente se dedujeron por parte del perito ella se debió a una falla grave que presentaba un artefacto eléctrico que en esos momentos no prestaba servicio por estar dañado. Lógico es concluir que el Teniente Báez Maldonado encontró su muerte en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio

pues fue por falla del servicio que tuvo como base un hecho que excede los normales riesgos profesionales.

“Por las razones dadas cabe aplicar al caso la figura de la responsabilidad extracontractual plena, siendo que además concurre la prueba del daño, falla del servicio y la relación de causa a efecto entre estos elementos” (fl. 274, C. 1).

c) Con apoyo en jurisprudencia de la Corporación se decide por indemnización plena en favor de las víctimas.

d) Encontró demostrada la dependencia económica de los padres respecto de la víctima; no así la de los hermanos mayores; distinta apreciación le merece la situación del menor Oscar Báez; en consecuencia, ordena los perjuicios materiales en favor de los indicados demandantes.

e) Reconoce los perjuicios morales en favor de todos los demandantes.

4. Apeló la parte demandada y adhirió la actora a dicho recurso.

La primera sostiene:

“Que el daño ocasionado a los familiares del Teniente Báez Maldonado Luis Hernando no se produjo de manera independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio.

“La relación laboral entre el teniente Báez Maldonado como servidor del Estado, y éste, involucraba altísimos riesgos profesionales.

“Su muerte se produjo en sus funciones del servicio dentro de la prestación ordinaria y normal.

“No cabe por tanto en este caso la indemnización plena a sus familiares, puesto que para ella, debió ser necesaria la presencia de una falta o falla de la administración” (fl. 300, C. 1).

El adherente solicita:

“1. Se excluya del punto tercero de la parte resolutive al señor Oscar Báez Maldonado como beneficiario de perjuicios materiales en razón a que en la demanda no solicité condena en su favor por este concepto. Como consecuencia de la exclusión solicito se modifiquen las pautas señaladas para la liquidación de perjuicios materiales, tal y conforme se pidió en la demanda, o sea, que el párrafo quinto de la página 28 de la sentencia quedaría así: ‘El monto de los perjuicios para los padres se deducirá del salario establecido en

SECCION TERCERA

párrafo anterior y en un 37.50% para cada uno de ellos". Estos porcentajes son el resultado de deducir del monto total de ingresos del causante un 25% conforme a las reglas jurisprudenciales.

"2. Se modifique el punto sexto de la parte resolutive en el sentido que la deducción se debe hacer de lo recibido única y exclusivamente por indemnización por muerte, es decir, la suma de \$666.294.03.

"De acuerdo con el hecho 20 de la demanda y la Resolución 2972 de noviembre 17/82 de Mindefensa, que obra en el proceso, por la cual se reconoció el pago de prestaciones sociales, los literales c) y d) del artículo 1º son los relacionados con la indemnización por muerte. En el primero, se ordena el pago de cesantía doble, en donde el 50% equivale a la cesantía normal por prestación de los servicios, y el 50% adicional se paga por el hecho del fallecimiento. Y en el literal d) para el valor total de \$557.827.56, se indica como concepto "compensación por muerte" (fl. 302, C. 1).

5. En los alegatos de conclusión la apoderada judicial de la Nación expresó:

"En el caso que nos ocupa, y bien lo señala el *a quo*, aparece probado el daño; pero no la falla del servicio y no puede hablarse de una falla del servicio presunta que obra en tratándose del uso de armas o vehículo oficial como instrumentos dañinos; respecto de la cual no cabe la aplicación de la teoría del riesgo o de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

"Es bien claro, que la muerte del señor Teniente de Infantería de Marina Báez Maldonado Luis Hernando, fue en el servicio por causa y razón del mismo, y que las indemnizaciones reconocidas en la Resolución número 2972 del 17 de noviembre de 1982, son las justas y legales" (fl. 311, C. 1).

La parte actora, en la misma oportunidad sostiene:

"Es suficiente repetir el núcleo de los hechos para entender que la muerte del señor Báez ocurrió por una falla del servicio y no como consecuencia de la misión institucional: encontró la muerte al hacer contacto con un tablero electrónico inservible, al que le llegaba energía, debido a que el cable de 230V que alimentaba el aire acondicionado estaba pelado.

"Ni la lógica, ni el sentido común, permiten concluir que esa muerte ocurrió en misión del servicio. Morir en una trampa existente en las instalaciones de la entidad estatal, jamás puede catalogarse como el desenlace de una vida en aras del bien de la patria, ni como la consecuencia del deber cumplido para la defensa de las instituciones. Para decirlo en palabras del juez

administrativo, el riesgo no entraba en las previsiones normales del servicio (Ver caso del soldado Carlos Alberto Rodríguez, Consejo de Estado, Sección 3, sentencia abril 28/89, expediente 3852, actor: Jairo Rodríguez, Consejero ponente Dr. Carlos Betancur).

“La doctrina jurisprudencial de este fallo coincide con lo que aquí se debate, y por lo tanto, la invoco en favor de la firmeza de la sentencia apelada. Especialmente cito este aparte: ‘Cuando una persona ingresa al servicio militar en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares. Si no sucede tal cosa, y muere o sufre daños por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción militar... el patrimonio deberá responder por tal resarcimiento’ (fl. 314, C. 1).

LA SALA CONSIDERA

A. La demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal; tuvo razón, pues, el *a quo* cuando estimó que no se había operado la caducidad de la acción.

B. Los demandantes demostraron ser los padres y los hermanos del difunto (fls. 13-19), circunstancia que hace presumir su legitimación para formular las reclamaciones que contiene la demanda.

C. La muerte del Teniente Luis Hernando Báez Maldonado está probada con el registro civil de defunción (fls. 20), el acta de necropsia (fl. 111) y el acta de levantamiento del cadáver (fl. 153).

D. Báez Maldonado murió por electrocución; así se deduce de los antecitados documentos; de ellos, la Sala retiene la conclusión del acta de necropsia, según la cual, “....muere por fibrilación ventricular con edema pulmonar. Electrocución”.

E. Respecto de la manera en que ocurrieron los hechos, la providencia del 2 de febrero de 1982, proferida, como culminación de la investigación administrativa, por el Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico, resulta suficientemente esclarecedora:

“Recibidos los testimonios del personal que presencié los hechos se concluyó que el Teniente Báez Maldonado, recibió una descarga eléctrica de un aire acondicionado que hacía contacto con un tablero electrónico viejo que se encontraba dentro de la chatarra. Del acervo probatorio que descansa en el informativo se colige que la muerte de Báez Maldonado, se debió a un caso fortuito, no existiendo responsabilidad por parte de terceras personas.

SECCION TERCERA

“Efectuada la inspección judicial al aire acondicionado se observó que el cable de 220 V. que alimenta el aire acondicionado se encontraba pelado a la altura de la carcasa del equipo, lo que indica que estaba haciendo contacto y producía un pase de corriente a la carcasa exterior transmitiéndolo a todas partes metálicas que hiciera contacto con él.

“A folio 24 se encuentra el acta del levantamiento del cadáver del señor Teniente Hernando Báez Maldonado practicada por el Juez 40 de Instrucción Penal Militar determinándose que su muerte se debió, cuando recibió varias descargas eléctricas.

“A folio 26 se encuentra el registro civil de defunción, y a folio 28 el acta de necropsia, que concluye que su muerte se debió a una fibrilación ventricular con edema pulmonar agudo debido a electrocutamiento.

“Estudiado el informativo se determina que la muerte del señor Teniente Hernando Báez Maldonado perteneciente a la Flotilla de Submarinos ocurrió en acto del servicio y por causa del mismo, ya que en el momento de lo hechos el occiso estaba en cumplimiento de un deber legal.

“En mérito de lo anteriormente expuesto, el Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico, administrando justicia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

“Primero. *Declarar* que la muerte del señor Teniente Luis Hernando Báez Maldonado ocurrió dentro del servicio y por causa del mismo, el día 2 de octubre de 1981” (fls. 161 a 162, C. 1).

Esta versión, además de que proviene del organismo administrativo comprometido, está respaldada por el testimonio de Gustavo David Paternina (fl. 96) quien ayudaba al difunto en su trabajo en el momento de ocurrir el accidente; por el informe que elaboró el 2 de octubre de 1981, el oficial de guardia (fl. 145); por el testimonio de Sergio Villamizar (fl. 152)... etc.

F. De otra parte, “la inspección practicada al aire acondicionado de la bodega Cosmos S. A.”, según lo declara Roberto Zarante Maldonado en el curso de la investigación administrativa que tuvo su origen en el accidente, arrojó estos resultados:

“...Para efectuar la revisión del aire acondicionado se procedió con el S3EL Ruiz Candido al desmonte del equipo revisándose cuidadosamente encontrando que el cable de 220 V que alimenta el aire acondicionado se encontraba pelado a la altura de la carcasa del equipo exactamente donde el

cable penetra al equipo, el largo del corte del aislante es de aproximadamente un centímetro lo que indica que podía estar haciendo un buen contacto con el equipo y por tanto se producía un pase de corriente a la carcasa exterior y lo transmitía a todas partes metálicas que hicieran contacto con el..." (fl. 149, C. 1).

Lo anterior demuestra que el mantenimiento de los equipos no era el adecuado; por el contrario, se observa un notorio descuido que incrementaba, de manera notable el riesgo de por sí alto que supone el funcionamiento de la energía eléctrica y que constituye sin lugar a dudas, una falla del servicio imputable al Estado y capaz de comprometer su responsabilidad patrimonial.

Los daños causados por el funcionamiento de la energía eléctrica han sido manejados por la Sala, con excepciones aisladas, por el sistema de la falla presunta cuyo efecto inmediato consiste en invertir la carga de la prueba que se traslada del demandante al demandado; mientras en el sistema ordinario de falla probada, corre a cargo del actor la demostración de que el hecho dañoso es constitutivo de falla del servicio, en el de falla presunta, si bien siempre ha de probar el hecho dañoso, si lo hace, la falla del servicio se presume, de modo que la entidad demandada corre con la carga de desvirtuar la presunción que pesa en su contra.

En el presente caso ni siquiera es necesario acudir a este último sistema, pues, como se dijo la propia entidad pública reconoce la negligencia existente en el cuidado de las máquinas, del instrumental y de los cables conductores de energía, lo cual conduce indefectiblemente a deducir la falla del servicio.

Tal circunstancia origina el derecho a una plena indemnización en favor de las víctimas, la que no se puede ver disminuida por el simple hecho de que la persona hubiese fallecido estando al servicio de la institución y por razón del mismo; un razonamiento semejante estaría desconociendo que el daño fue el efecto de una falla y estaría colocando al funcionario en condiciones menores a las particulares, quebrantando, allí sí, el principio de la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 C. N.).

G. Como lo sostiene el recurrente, en actitud que dice bien de su buena fe, se debe excluir del reconocimiento de perjuicios materiales a Oscar Báez Maldonado porque no los pidió, y, por consiguiente tampoco los probó a contrapelo de la estimación del Tribunal. En este aspecto se revocará el fallo.

H. Los perjuicios morales están bien reconocidos y correctamente evaluados en la sentencia recurrida; se ha dicho insistentemente, que el daño

SECCION TERCERA

moralse presume entre cónyuges, padres e hijos y hermanos; como no existe prueba que desvirtúe la presunción, la decisión del *a quo* se ajusta a derecho.

I. Los perjuicios materiales reconocidos en favor de los padres serán igualmente revocados por cuanto el difunto, para el momento de su muerte, tenía más de 25 años de edad, límite suficiente para que adquiriese independencia de su familia.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, la cual quedara así:

Primero. Declárase la responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa de los perjuicios morales ocasionados a los demandantes con la muerte de Luis Hernando Báez Maldonado, ocurrida el 2 de octubre de 1981.

Segundo. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa a pagar una suma equivalente al precio nacional de 1.000 gramos de oro en favor de cada uno de los padres del difunto, Plinio Báez Rojas y Carlota Maldonado y 500 gramos, para cada uno de los hermanos, Oscar, Carlos Eduardo y Jaime Báez Maldonado.

El precio del gramo de oro será certificado por el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo.

Tercero. Estas sumas devengarán intereses comerciales dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de esa fecha.

Cuarto. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirán copias de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes (art. 115 del C. de P. C.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinticinco (25) de marzo de mil noventa y tres (1993).

EXP. - 6092

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO

Según las normas del Código Carcelario y del Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, al Estado le corresponde la prestación del servicio público de Vigilancia y Seguridad de los establecimientos carcelarios, en consecuencia debe velar por la integridad física de los reclusos; y en este sentido la administración de la Cárcel Modelo tenía la obligación de proteger y respetar su vida, su integridad personal y psíquica, sin embargo, en este caso la administración no cumplía con dicha obligación, por cuanto el homicidio se ocasionó al interior de la dependencia carcelaria. La ausencia, o en su lugar la deficiente vigilancia y cuidado sobre toda la actividad del establecimiento carcelario o sobre la conducta de los internos, trajo como consecuencia la muerte de la víctima.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 30 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Ref.: Proceso número 8000.

Actores: Olegario Cristancho y otros.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de octubre de 1992, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

“Primero. Declárase a la Nación Colombiana-Ministerio de Justicia, administrativamente responsable por los perjuicios causados Olegario Cristancho, Rafael, María Soledad, Carlos Arturo, Ana Ruth, Raúl Ignacio, Yolanda Inés, Olegario de Jesús, Próspero Emiro, Julio Daniel y Cándida Rosa Cristancho Orozco, como consecuencia de la muerte de Luis Cristancho Orozco, ocasionada por hemopericardio por lesión proveniente de arma

blanca, dentro de las instalaciones de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, el día 12 de marzo de 1988.

“Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación colombiana-Ministerio de Justicia, a reconocer y a pagar a Olegario Cristancho y a Georgina Orozco Niño de Cristancho, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, el valor en pesos colombianos, según certificación del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de mil (1.000) gramos oro fino, para cada uno de ellos.

“Tercero. Condénase a la Nación Colombiana-Ministerio de Justicia, a reconocer y a pagar a Rafael, María Soledad, Carlos Arturo, Ana Ruth, Raúl Ignacio, Yolanda Inés, Olegario de Jesús, Próspero Emiro, Julio Daniel y Cándida Rosa Cristancho Orozco, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, el valor en pesos colombianos, según certificación del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de quinientos (500) gramos oro fino, para cada uno de ellos.

“Cuarto. La suma liquidada ganará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y comerciales moratorios desde el vencimiento de este término y hasta su cancelación.

“Quinto. Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C. C. A.”.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 7 de marzo de 1990, el doctor Horacio Perdomo Parada actuando como Agente Oficioso de los señores Olegario Cristancho, Georgina Orozco Niño de Cristancho, Rafael, María Soledad, Carlos Arturo, Ana Ruth, Raúl Ignacio, Yolanda Inés, Olegario de Jesús, Próspero Emiro, Julio Daniel y Cándida Rosa Cristancho Orozco, en ejercicio de la Acción de Reparación directa presentó demanda en contra de la Nación colombiana, Ministerio de Justicia, para que se la declarara responsable patrimonialmente por la muerte de Luis Cristancho Orozco en hechos ocurridos el 12 de marzo de 1988 en la Cárcel Modelo de Bogotá.

Como consecuencia de la declaración anterior solicitó, se condenara a la entidad demandada a pagar perjuicios morales en favor de cada uno de los demandantes, más los intereses comerciales corrientes y moratorios que se llegaren de causar.

SECCION TERCERA

Los hechos de la demanda se sintetizan así:

El señor Luis Cristancho Orozco fue detenido y llevado a la Cárcel Modelo de la ciudad de Bogotá, el 12 de marzo de 1988 recibió la muerte en esa institución. Adelantadas las diligencias necesarias no se logró establecer quien fue el autor material del delito.

En el término legal los demandantes ratificaron la actuación del Agente Oficioso, a quien le otorgaron poder especial para llevar a cabo la culminación del proceso.

Transcurrido el término de fijación en lista, la entidad demandada guardó silencio, posteriormente, se abrió a pruebas el proceso y se practicaron las solicitadas por la parte actora.

Precluida la etapa probatoria, se ordenó correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, la parte demandante insistió en que se acceda a las súplicas de la demanda por haberse configurado los elementos de la responsabilidad del ente demandado, la entidad demandada nuevamente guardó silencio y el señor Fiscal del Tribunal se abstuvo de rendir concepto de fondo, por las circunstancias que obran a folios 48 a 59 del expediente.

Las razones que condujeron al Tribunal a adoptar la decisión consultada son el siguiente contenido:

“Efectuado un análisis, de conjunto, razonado y comparativo del material probatorio allegado al plenario, encuentra la Sala plenamente acreditado el primer elemento de la responsabilidad, la falla o falta en la prestación del servicio.

“En efecto, se halla demostrado que el día 12 de marzo de 1988, el recluso Luis Cristancho Orozco, falleció en las dependencias de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá a consecuencia de Hemopericardio por herida con arma blanca que le fue propinada, el mismo día por otro detenido.

“A términos del Decreto número 1817 de 1964 y de la Ley 32 de 1986, contentivas del Código Carcelario y del Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, respectivamente, corresponde al Estado a través de sus diferentes Entidades Territoriales la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad de los establecimientos carcelarios y, por tanto, le corresponde velar específicamente por el mantenimiento de la integridad física de las personas que se hayan recluidos en los mismos. Si bien es cierto que el hecho o conducta de la que devino el fallecimiento causante del daño por el que se reclama fue realizada por un tercero -otro recluso-, no es menos cierto que la

Administración incurrió en omisión, o al menos en conducta negligente e irregular al permitir el ingreso y mantenimiento de armas por parte de los reclusos -en el evento *sub lite* arma blanca-, que ponen en peligro la vida e integridad personal de quienes habitan el respectivo penal.

“La vigilancia y prevención para garantizar la seguridad de quienes se encuentran en un centro de reclusión deben ser extremas, si se tiene en cuenta la peligrosidad que algunas de ellas representan para la sociedad y, para quienes conviven con éstas, en particular.

“La Administración no cumplió su obligación de garantizar y salvaguardar la vida del señor Luis Cristancho Orozco y, en consecuencia, de reintegrarlo al seno de su familia y de la sociedad a la expiración del término en el que debía permanecer privado de la libertad y bajo el cuidado de la primera.

“Se configura así el primer elemento de la responsabilidad, la falla o falta en la prestación del servicio público.

“En cuanto al daño o perjuicio moral, cuya indemnización se pretende, también lo encuentra la Sala configurado y, en consecuencia, accederá a la respectiva condena.

“En efecto, la muerte de un hijo ocasiona en sus padres afección psíquica, dolor y aflicción que si bien no pueden resarcirse en términos monetarios pueden tratar de compensarse con la correspondiente indemnización que, para este evento, la jurisprudencia ha fijado en el equivalente en pesos, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de mil gramos oro puro.

“En lo concerniente a los hermanos de la víctima, si bien al plenario no se allegó medio de prueba alguna que permita establecer la existencia de vínculos de especial afecto fraternal y de ayuda mutua entre ellos, de los que pueda colegirse la afección psicológica, emocional como consecuencia de la muerte del primero, la Sala acogiendo la reciente jurisprudencia sentada por la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado, lo dará por establecido y, en consecuencia, condenará al reconocimiento y pago de éstos, en cuantía del equivalente en pesos, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de 500 gramos oro puro para cada uno de ellos.

“En lo que concierne al nexo casual entre el hecho que se imputa a la Administración a título de falla del servicio y el daño, se encuentra demostrado que de no haber sido por la omisión y la negligencia de aquélla en la vigilancia encaminada a impedir el ingreso y porte de armas por parte de los reclusos dentro del penal, el señor Luis Cristancho Orozco no habría recibido la herida

SECCION TERCERA

mortal propinada con una de tales armas y, por tanto no habría fallecido y; no se habría ocasionado el perjuicio por el que los actores reclaman indemnización”.

En el trámite de la Consulta el Delegado de la Procuraduría ante el Consejo de Estado presentó su alegato de conclusión en el cual solicitó se respalde la decisión del *a quo*, en el mismo sentido lo hizo la parte actora, la entidad demandada nuevamente guardó silencio.

Fracasado el intento de conciliación conforme a lo dispuesto por el Decreto 2651 de 1991, se procede a dictar sentencia de fondo previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Merece respaldo la decisión del Tribunal en cuanto declaró responsable patrimonialmente a la Nación colombiana, Ministerio de Justicia por la muerte de Luis Cristancho Orozco.

En primer lugar, a los demandantes les asistía el derecho para solicitar la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada por la muerte de Luis Cristancho Orozco, y como consecuencia los perjuicios morales reclamados, a folios 6 a 19 obra la prueba documental correspondiente, los registros civiles de nacimiento de Próspero Emiro, Ana Ruth, Yolanda Inés, Raúl Ignacio, Carlos Arturo, Olegario de Jesús, Julio Daniel, Cándida Rosa, María Soledad y Rafael Cristancho Orozco y el Registro Civil de Matrimonio de Olegario Cristancho y Georgina Orozco llevado a cabo el 9 de noviembre de 1944.

De las pruebas recaudadas en el proceso se demostró que la muerte del señor Luis Cristancho Orozco ocurrida el 12 de marzo de 1988, según consta en el Registro Civil de Defunción (fl. 16 del proceso), se produjo en la Cárcel Modelo de Bogotá cuando el occiso permanecía detenido en dicha institución; a pesar de las investigaciones adelantadas por ese hecho punible no se logro establecer, ni el motivo, ni la autoría del mismo, de conformidad con el informativo de carácter disciplinario número 0120, iniciado el 24 de marzo del mismo año por el Comando de Vigilancia de la Cárcel Modelo de Bogotá, donde se esgrimen estos argumentos:

“Vista y analizadas las diligencias, no se pudo establecer qué interno o internos son los responsables del homicidio cometido en la persona de Cristancho Orozco Luis, ya que el interno antes de morir no quiso identificarlo, pero tampoco los internos del patio, no prestaron colaboración para el esclarecimiento de los hechos, pese a la investigación hecha por el Comandante del Pabellón”.

Por este motivo se ordenó el archivo provisional del expediente.

Las circunstancias relacionadas son suficientes para decidir de fondo el presente asunto, puesto que se cuenta con las pruebas necesarias para ello.

En este orden de ideas, la Sala comparte los planteamientos hechos por el Tribunal, pues según las normas del Código Carcelario y el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia (Decreto 1817 de 1964 y Ley 32 de 1986), al Estado le corresponde la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad de los establecimientos carcelarios, en consecuencia debe velar por la integridad física de los reclusos; y en este sentido la Administración de la Cárcel Modelo tenía una obligación de proteger y respetar su vida, su integridad personal y psíquica, sin embargo, en este caso la administración no cumplió con dicha obligación, por cuanto el homicidio de Luis Cristancho Orozco se ocasionó al interior de la dependencia carcelaria.

Por los argumentos anteriores, la Sala estima que se configuraron los elementos de responsabilidad del Estado, pues se evidencia la falla del servicio por parte de la Administración del centro penitenciario denominado Cárcel Modelo al no cumplir con la citada obligación, la ausencia, o en su lugar la deficiente vigilancia y cuidado sobre toda la actividad del establecimiento carcelario o sobre la conducta de los internos, trajo como consecuencia la muerte de la víctima; y así se declarará por aparecer demostrados los elementos esenciales que comprometen la responsabilidad de la entidad demandada, como son: un hecho dañoso, un daño y un elemento causal.

Perjuicios morales

La decisión del Tribunal se modificará en lo que se refiere a la condena por perjuicios morales; pues, a pesar que los demandantes no tienen necesidad de aportar prueba alguna con ocasión de la muerte de Luis Cristancho Orozco ya que la afectación psicológica y moral se presume, las circunstancias especiales del occiso, conducen a que sea disminuida la condena, en ese orden de ideas, se reconocerá en favor de los padres 500 gramos de oro para cada uno y en favor de los hermanos 250 gramos de oro para cada uno, de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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

SECCION TERCERA

FALLA:

Primero. *Modifícase* la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 15 de octubre de 1992, la cual quedara así:

Segundo. *Declárase* a la Nación colombiana - Ministerio de Justicia, patrimonialmente responsable por la muerte de Luis Cristancho Orozco, ocasionada por hemopericardio por lesión proveniente de arma blanca, dentro de las instalaciones de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, el día 12 de marzo de 1988.

Tercero. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación colombiana, Ministerio de Justicia a pagar por concepto de Perjuicios Morales en favor de Olegario Cristancho y Georgina Orozco Niño de Cristancho la suma equivalente de quinientos (500) gramos de oro para cada uno, de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto. *Condénase* a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales en favor de Rafael, María Soledad, Carlos Arturo, Ana Ruth, Raúl Ignacio, Yolanda Inés, Olegario de Jesús, Próspero Emiro, Julio Daniel y Cándida Rosa Cristancho Orozco, la suma equivalente de doscientos cincuenta (250) gramos de oro para cada uno, de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Quinto. Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Sexto *Enviense* copias de las Sentencias de primera y segunda instancias a los demandantes y al Ministerio de Justicia para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 25 de marzo de 1993.

SECCION CUARTA



FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL / ESTAMPILLA DE PROELECTRIFICACION RURAL

La autorización otorgada por la Ley 23 de 1986, no faculta para la imposición del tributo sobre hechos económicos o actividades sobre las cuales existe prohibición de gravarlos, debido a las múltiples consideraciones de política fiscal que tuvo en mente el legislador. Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Legislativo 190 de 1969, los Departamentos, las Intendencias, Comisarias, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios no pueden imponer gravámenes sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, no podían imponer tampoco a su tránsito, gravamen alguno, porque el transporte y distribución son actividades imprescindibles para colocar el producto en posibilidad de ser consumido y son etapas inherentes a la comercialización del mismo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4155.

Actora: Cervecería Aguila S. A. Apelación de la sentencia del 7 de febrero de 1992 del Tribunal Administrativo del Atlántico.

Juicio de nulidad contra el artículo 4º numeral 11, de la Ordenanza número 16 de 1987 de la Asamblea Departamental del Atlántico. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 7 de febrero de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad adelantado por la sociedad Cervecería

SECCION CUARTA

Aguila S. A. contra el artículo 4º numeral 11 de la Ordenanza número 16 de 1987 expedida por la Asamblea del Departamento del Atlántico.

ANTECEDENTES:

Mediante la Ley 23 de 1985 artículo 1º, se autorizó a las Asambleas Departamentales y a los Consejos Intendenciales y Comisariales, por el término de 20 años, para disponer la emisión de la Estampilla de Proelectrificación Rural, como recurso para contribuir a la financiación de la electrificación rural en todo el país.

La Asamblea del Departamento del Atlántico, invocando las facultades concedidas por la Ley 23 de 1986 y el Decreto 1222 de 1986, expidió la Ordenanza 16 de 1987, creando la estampilla autorizada y en su artículo 4º señaló los actos y documentos sobre los cuales se impone su uso obligatorio y su cuantía, exigiendo su imposición en el numeral 11. "En las guías de tránsito para licores nacionales, extranjeros, cerveza y tabaco elaborados, que expide el Departamento \$200.00 M/l."

Alegó la demandante, que con dicho tributo se infringieron los artículos 191 de la Constitución Nacional, 21 del Decreto 190 de 1969; 11 del Decreto reglamentario 294 de 1969; 68 de la Ley 14 de 1983; 62 numeral 1º, 71 numeral 5º y 120 del Código de Régimen Departamental, y acudió en demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, considerando que la imposición del gravamen de estampilla de electrificación rural a las guías de tránsito de cerveza, contraviene las prohibiciones expresas contenidas en las normas invocadas, ya que los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios no puede imponer impuestos sobre la fabricación, el consumo y la venta de cervezas nacionales. Prohibición que quedó incorporada en el artículo 69 de la Ley 14 de 1983, reproducida como artículo 129 del Código de Régimen Departamental, que solo levantó la restricción para el efecto del impuesto de industria y comercio, en forma expresa.

Expone que las guías de tránsito de la cerveza son los salvoconductos que el departamento expide para que pueda verificarse el tránsito de mercancías por el territorio de su jurisdicción, cuando quiera que ellos provengan de otro departamento o tengan que pasar por él, con destino a otro departamento, y que no son sino controles creados para hacer efectivo el pago del impuesto al consumo, impuesto de carácter nacional.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las súplicas de la demanda al considerar que se daba la violación de las normas superiores

invocadas por la actora, porque si es cierto que el artículo 191 de la Constitución Nacional autoriza a las Asambleas Departamentales, para establecer contribuciones pero tal atribución debe ejercerse de acuerdo con las condiciones y límites fijados en la ley.

Las autorizaciones contenidas en la Ley 91 de 1965, los artículos 21 del Decreto-ley 190 de 1963; 11 del Decreto 294 de 1969, no permiten a los departamentos y municipios gravar objetos ya gravados por la Nación, y en el caso especial de cervezas de fabricación nacional, esta prohibición no solo se deriva del hecho de que este producto ya es objeto de un gravamen nacional, sino que expresamente el artículo 21 de la Ley 88 de 1928, prohíbe todo impuesto departamental o municipal sobre fabricación y consumo del producto antes mencionado, e igual prohibición establecen los artículos 21 del Decreto 190 de 1969 y 11 del Decreto reglamentario 294 del mismo año.

LA APELACION:

La apoderada judicial del Departamento del Atlántico, apela la sentencia, considerando que hubo una indebida interpretación de la ley por parte del Tribunal, que denota confusión en cuanto a la procedencia de los dos tributos, porque el impuesto de consumo de cerveza a que se refieren los Decretos 190 de 1969 y su reglamentario 294 del mismo año, limitan la base gravable del impuesto a la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, pero en ninguna parte enuncian el transporte de la misma, que es justamente, el objeto lo que viene a afectarse con la guía de tránsito.

Considera que son dos actividades distintas, porque puede ocurrir que en algunos casos, una misma empresa realice las dos actividades, pero que ese simple hecho no puede producir la unidad del impuesto que se pretende.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, en su carácter de agente del Ministerio Público, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación porque el fallo objeto de revisión tiene fundamentos jurídicos y las razones de su decisión esbozan unos lineamientos que la jurisprudencia ha venido acogiendo, y particularmente el enfoque sobre la autorización de la Ley 23 de 1986 que en manera alguna, debe entenderse insubsistentes. Cita la sentencia del 14 de junio de 1991 proferida en el Proceso 2953 de esta misma Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Evidentemente como lo anota el agente del Ministerio Público, la Corporación en repetidas oportunidades se ha referido a la facultad impositiva que

SECCION CUARTA

a los departamentos y municipios les otorga el artículo 43 de la Constitución Nacional dentro de los límites de la ley.

Con oportunidad de sentencia del 14 de junio de 1991, proferida en el Proceso 2953, actora, Ligia Sarmiento de Peña, ante situación idéntica a la del proceso, dijo la Sala:

“Para la Sala el asunto fundamental no es otro que el precisar si de conformidad con lo dispuesto por la Ley 23 de 1986 la autorización dada a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para disponer la emisión de la estampilla electrificación rural, facultó para la imposición de este tributo sobre actividades y hechos económicos que por disposición legal previa no podían gravarse por existir expresa prohibición.

Para su mejor entendimiento se transcriben los artículos pertinentes de la Ley 23 de 1986, con el fin de determinar el alcance de la autorización en ella concedida.

“Artículo 1º. Autorízase a las Asambleas Departamentales, a los Consejos Intendenciales y Comisariales, por el término de 20 años para disponer la emisión de la Estampilla Proelectrificación Rural, como recurso para contribuir a la financiación de esta obra en todo el país.

“Artículo 3º. Las Asambleas Departamentales, Consejos Intendenciales y Comisariales, quedan autorizados para determinar el empleo, tarifas discriminatorias y demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la Estampilla Proelectrificación Rural.

“Artículo 4º. Facúltase a los Concejos Municipales para que, previa autorización de sus respectivas Asambleas Departamentales, Consejos Intendenciales y Comisariales, hagan obligatorio el uso de la estampilla en los actos municipales.

“Artículo 6º. La totalidad del producido de la estampilla a que se refiere esta ley, se destinará a la financiación exclusiva de electrificación rural, entendiéndose por ello la instalación, mantenimiento, mejoras y ampliación del servicio”.

Del contexto literal de las normas transcritas se observa que en ningún momento el legislador derogó las prohibiciones contenidas en las disposiciones legales anteriores, razón por la cual la competencia otorgada a Asambleas y Concejos debe entenderse conforme lo

dispone el artículo 101 de la Constitución Nacional, dentro de las condiciones y límites que determine la ley. Por ley, no solo puede entenderse de manera aislada la disposición concreta que otorga una autorización, sino el contexto total y general de las normas que regían los tributos y prohibiciones con el fin de encuadrar en dicho marco legal, la autorización otorgada.

“En este orden de ideas, estima la Sala que la autorización otorgada por la Ley 23 de 1986, no faculta para la imposición del tributo sobre hechos económicos o actividades sobre los cuales existe prohibición de gravarlos, debido a las múltiples consideraciones de política fiscal que tuvo en mente el legislador. Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Legislativo 190 de 1969, los Departamentos, las Intendencias, Comisarias, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios no pueden imponer gravámenes sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, no podían imponer tampoco a su tránsito, gravamen alguno, porque el transporte y distribución son actividades imprescindibles para colocar el producto en posibilidad de ser consumido y son etapas inherentes a la comercialización del mismo.

“Si el legislador hubiera pretendido que una de las etapas relacionadas con la producción y el consumo de cervezas, fuera gravada con la estampilla de electrificación rural, lo habría dispuesto expresamente, tal como lo señaló para efectos del impuesto de industria y comercio en la Ley 14 de 1983 en su artículo 69.

“Así mismo si el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, (Código de Régimen Departamental), prohíbe a las Asambleas Departamentales en sus artículos 62 numeral 1º y 71 numeral 5º, imponer gravámenes a los artículos que se encuentran gravados con el impuesto nacional, y si de conformidad con los Decretos 190 y 294 de 1969, el consumo de cervezas está gravado con el impuesto llamado de consumo, que es un impuesto nacional, no puede la Asamblea pretender gravarla directa o indirectamente con el impuesto de electrificación rural.

“No desconoce la Sala la importancia de la finalidad perseguida con el impuesto a la conveniencia de su recaudo, pero coexistiendo una prohibición anterior, cualquier pretensión de las Asambleas y Concejos de gravar hechos prohibidos por la ley resulta abiertamente ilegal. Pues, se repite, la autorización debe enmarcarse dentro del

SECCION CUARTA

contexto general de la tributación y de las facultades impositivas derivadas otorgadas por la Constitución Nacional a las entidades territoriales, de la cual hacen parte las prohibiciones determinadas en el mismo contexto general por el legislador”.

No hay duda que para efectos del impuesto nacional tratándose del consumo de cerveza, el transporte constituye parte fundamental del proceso de producción, distribución y consumo, como puede inferirse del Decreto 294 de 1969 reglamentario del Decreto-ley 190 del mismo año, cuyo artículo 2º preceptúa:

“El valor de las cervezas y sifones que sirve de base para la liquidación del impuesto está constituido por el precio de fabricación al detallista en la ciudad capital del departamento en el cual se halle ubicada la respectiva fábrica, puesto el producto en el lugar de expendio. Dicho valor será fijado por la Superintendencia Nacional de Precios, previa consulta con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”. (Resalta la Sala).

Entonces, cuando el artículo 4º numeral 11 de la Ordenanza 16 de 1987 de la Asamblea Departamental del Atlántico impone a las tornaguías que amparan las cervezas introducidas al Departamento del Atlántico, el gravamen de electrificación rural, trasgrede las normas superiores invocadas y excede el uso de la autorización concedido por la Ley 23 de 1986, razón por la cual era procedente su retiro del ordenamiento jurídico como lo precisó el *a quo*.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente. *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

EXP. - 4155

Nota de Relatoría. Mediante sentencia de 22 de enero de 1993, Expediente 4155. Actor: Cervecería Aguila S. A. Ponente: Doctor: Jaime Abella Zárate, la Sección Cuarta *Confirmando la nulidad* del artículo 4º, numeral 11 de la Ordenanza número 16 de 1987, expedida por la Asamblea del Departamento del Atlántico.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL / ESTAMPILLA CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLANTICO / EXENCION

La autorización otorgada por la Ley 77 de 1981 artículo 4º, no faculta para la imposición del tributo sobre hechos económicos o actividades sobre las cuales exista prohibición de gravarlos, debido a las múltiples consideraciones de política fiscal que tuvo en mente el legislador. Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Legislativo 190 de 1969, los Departamentos, las Intendencias, Comisarias, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios no pueden imponer tributos sobre la fabricación y consumo de cervezas nacionales, no podían tampoco gravar su tránsito, porque el transporte y distribución son actividades imprescindibles para colocar el producto en posibilidad de ser consumido y son etapas inherentes a la producción y comercialización del mismo.

Anula el término "cervezas" contenido en el artículo 1º numeral 14 de la Ordenanza No. 1 de 1982 expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., enero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4156.

Actora: Cervecería Aguila S. A. Apelación de la sentencia del 7 de febrero de 1992 del Tribunal Administrativo del Atlántico.

Juicio de nulidad contra el artículo 1º numeral 14, de la Ordenanza número 1 de 1982 de la Asamblea Departamental del Atlántico. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 7 de febrero de 1992,

mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad adelantado por la sociedad Cervecería Aguila S. A. contra el artículo 1º numeral 14 de la Ordenanza número 1 de 1982 expedida por la Asamblea del Departamento del Atlántico.

ANTECEDENTES:

La Ley 77 de 1981 artículo 1º ordena que:

“Los valores producidos por el recaudo de la estampilla a que se refiere la Ley 41 de 1966, seguirán siendo cobrados en todo el territorio del Departamento del Atlántico, exclusivamente, con destino a erradicación de tugurios y construcción de la Ciudadela Universitaria.

Parágrafo. Este tributo en lo sucesivo, estará representado en una sola estampilla que se denominará ‘Ciudadela Universitaria del Atlántico’”.

Y el artículo 4º dispuso:

“Autorízase a la Asamblea Departamental del Atlántico para que determine el empleo, tarifa discriminatoria y demás asuntos inherentes al uso de la estampilla ‘Ciudadela Universitaria del Atlántico’ en todas las operaciones que se lleven a cabo en aquel departamento y sobre las cuales tenga jurisdicción la referida Corporación.

“Las providencias que expida la Asamblea Departamental del Atlántico, en desarrollo de lo dispuesto en la presente ley serán llevadas a conocimiento del Gobierno Nacional, Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

La Asamblea del Departamento del Atlántico, invocando las facultades legales y en especial las conferidas por la Ley 77 de 1981, expidió la Ordenanza número 1 de 1982 cuyo artículo 1º dispuso el uso obligatorio de la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, en todo el Departamento del Atlántico, y su tarifa, exigiendo su imposición en el numeral 14, “en las guías de tránsito para licores nacionales, extranjeros, cerveza y tabaco elaborados, que expide el departamento, cien pesos (\$100.00)”.

Alegó la demandante, que con dicho tributo se infringieron los artículos 191 de la Constitución Nacional, 21 del Decreto 190 de 1969; 11 del Decreto reglamentario 294 de 1969; 69 de la Ley 14 de 1983; 71 numeral 5º, 129 del Código de Régimen Departamental, y acudió en demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, considerando que la imposición del gravamen de “Estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico”, a las guías

SECCION CUARTA

de tránsito de cerveza, contraviene las prohibiciones expresadas contenidas en las normas invocadas, ya que los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios no pueden imponer impuestos sobre la fabricación, el consumo y la venta de cervezas nacionales. Prohibición que quedó incorporada en el artículo 69 de la Ley 14 de 1983, reproducida como artículo 129 del Código de Régimen Departamental, que sólo levantó la restricción para el efecto del impuesto de industria y comercio, en forma expresa.

Expone, que las guías de tránsito de la cerveza son los salvoconductos que el departamento expide para que pueda verificarse el tránsito de mercancías por el territorio de su jurisdicción, cuando quiera que ellas provengan de otro departamento o tengan que pasar por él, con destino a otro departamento, y que no son, sino controles creados con el fin de hacer efectivo el pago del impuesto al consumo que es un gravamen de carácter nacional. Y por lo tanto, cualquier gravamen que decida imponerse a la fabricación, al consumo o a la venta de cervezas nacionales deberá provenir de la ley de la República, porque las Asambleas Departamentales no tienen facultad para imponer gravámenes a la actividad cervecera.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las súplicas de la demanda y anuló todo el numeral 14 del artículo 1º de la Ordenanza número 1 de 1982, al considerar que se daba la violación de las normas superiores invocadas por la actora porque, aún cuando el artículo 191 de la Constitución Nacional autoriza a las Asambleas Departamentales, para establecer contribuciones, tal atribución de conformidad con las consideraciones hechas en el Auto del 18 de junio de 1987, que ordenó la suspensión provisional debe ejercerse de acuerdo con las condiciones y límites fijados en la ley.

Y que las autorizaciones contenidas en la Ley 91 de 1965, los artículos 21 del Decreto-ley 190 de 1969 y 11 del Decreto 294 de 1969, no permiten a los departamentos y municipios gravar objetos ya gravados por la Nación, y en el caso especial de las cervezas de fabricación nacional, esta prohibición no solo se deriva del hecho de que este producto ya es objeto de un gravamen nacional, sino que expresamente el artículo 21 de la Ley 88 de 1928, prohíbe todo impuesto departamental o municipal sobre fabricación y consumo del producto antes mencionado, e igual prohibición establecen los artículos 21 del Decreto 190 de 1969 y 11 del Decreto reglamentario 294 del mismo año.

Que la Ley 77 del 9 de diciembre de 1981 por la cual se financia la construcción de la Ciudadela Universitaria del Atlántico, fue clara al incluir en su artículo 4º que las operaciones susceptibles de ser gravadas con la estampilla “Ciudadela Universitaria del Atlántico”, son aquellos sobre los cuales tenga competencia la Asamblea Departamental del Atlántico, y como a las Asambleas les está vedado imponer gravámenes sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, se deduce la transgresión palmaria de los artículos 21 de la Ley 190 de 1969; 11 del Decreto reglamentario 294 de 1969 y 4º de la Ley 77 de 1981.

LA APELACION:

La apoderada judicial del Departamento del Atlántico, apela la sentencia, considerando que hubo una indebida interpretación de la ley por parte del Tribunal, que denota confusión en cuanto a la procedencia de los dos tributos, porque el impuesto de consumo de cerveza a que se refieren los Decretos 190 de 1969 y su reglamentario 294 del mismo año, limitan la prohibición para los dos extremos del proceso: producción y consumo de cervezas nacionales, pero en ninguna parte enuncian el transporte de la misma, que es una actividad intermedia y que al leer el Decreto 190 de 1969 y el 294 del mismo año, en parte alguna aparece la prohibición de imponer gravamen al transporte de la cerveza y por lo tanto, es errado el concepto de que, de acuerdo con los artículos mencionados está prohibido para las cervezas nacionales desde su fabricación hasta su consumo, pasando por todas las etapas intermedias de venta, transporte y distribución.

Considera que la fabricación y el transporte son dos actividades distintas, porque puede ocurrir que en algunos casos, una misma empresa realice las dos actividades, pero que ese simple hecho no puede producir la unidad del impuesto que se pretende y que además, en el impuesto al consumo la relación de causalidad se produce entre el producto que se fabrica (actividad industrial) y el producto que se distribuye y consume (actividad comercial) y que dicho gravamen se calcula con base en la facturación al detallista y en un porcentaje establecido previamente por la ley; y en el otro caso, se ha establecido una tarifa única sobre las guías de tránsito para cervezas, impuesto netamente documental, independientemente de la actividad industrial o comercial que implica la fabricación o venta de cervezas.

EL MINISTERIO PUBLICO:

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ser

SECCION CUARTA

revocada porque, las Asambleas Departamentales al hacer obligatoria la colocación de una estampilla, autorizada para uno u otro fin, en las guías de tránsito para cervezas, en manera alguna está violentando lo dispuesto por la Ley 88 de 1928, artículo 21; ni por el Decreto-ley 190 de 1969, ni el artículo 11 del Decreto reglamentario 294 de 1969 y mucho menos, desconociendo la norma de la Constitución Nacional que fija su competencia, porque, desde la expedición de la Ley 88 de 1928, dispuso el legislador que los departamentos y municipios no podían imponer gravámenes sobre la fabricación y consumo de cervezas nacionales ya gravados con el impuesto a que ella se refería y posteriormente con el artículo 21 del Decreto-ley 190 de 1969 y su decreto reglamentario se consagró la misma prohibición incluyendo en ella a las Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá, disposiciones que son de tal claridad que no permiten hacer ningún tipo de adición a las actividades taxativamente excluidas de gravamen por parte de las entidades territoriales.

Que la prohibición, está encaminada única y exclusivamente a evitar gravámenes regionales sobre la fabricación, consumo y venta de cerveza, mas no sobre actividades sustancialmente diferentes como lo es el transporte de la misma.

Y de otra parte como bien lo sostiene la representante judicial del Departamento del Atlántico y el Fiscal que actuó en primera instancia, el gravamen se impone sobre el documento mismo sin tener en cuenta ningún valor específico que deba ser tomado para su liquidación.

Concluye que la afectación del impuesto es netamente documental, independiente de la actividad industrial o comercial que implica la fabricación o venta de cervezas y bien pueden los entes departamentales gravar el tránsito de la cerveza.

Por último, anota que el *a quo* anuló el numeral 14 del artículo 1º de la Ordenanza número 1 de 1982, cuando tan solo se pidió en la demanda la nulidad del numeral 14 del artículo 1º de la Ordenanza número 1 de 1982 de la Asamblea Departamental del Atlántico, en lo que a "cervezas se refiere".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Corporación en repetidas oportunidades se ha referido a la facultad impositiva que a los departamentos y municipios les otorga la Constitución Política, dentro de los límites de la ley, por lo tanto es imprescindible determinar si efectivamente la ley que autorizó el uso de la estampilla "Pro Ciudadela

Universitaria del Atlántico” la facultad o no, para imponer su uso al tránsito de cerveza.

La Ley 77 de 1981, cuyos artículos 1º y 4º se transcribieron en los antecedentes administrativos no autoriza la estampilla indiscriminadamente sino que, por el contrario establece su uso “en todas las operaciones que se lleven a cabo en aquel departamento y *sobre los cuales tenga jurisdicción la referida Corporación*”.

Con relación a tal competencia debe estarse a las prohibiciones específicas ordenadas por leyes anteriores que se encontraban vigentes al momento de expedir la ley que autorizó el gravamen y no derogadas expresamente.

Del contexto literal de las normas transcritas se infiere que en ningún momento el legislador derogó las prohibiciones contenidas en las disposiciones legales anteriores, razón por la cual la competencia otorgada a las Asambleas y Concejos debe entenderse conforme lo dispone el artículo 191 de la Constitución Nacional, dentro de las condiciones y límites que determina la ley. Por ley, no solo puede entenderse de manera aislada la disposición concreta que otorga una autorización, sino el contexto total y general de las normas que regulan los tributos y prohibiciones con el fin de encuadrar en dicho marco legal, la autorización otorgada.

En este orden de ideas, estima la Sala que la autorización otorgada por la Ley 77 de 1981, artículo 4º no faculta para la imposición del tributo sobre hechos económicos o actividades sobre los cuales exista prohibición de gravarlos, debido a las múltiples consideraciones de política fiscal que tuvo en mente el legislador. Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto legislativo 190 de 1969, los Departamentos, las Intendencias, Comisarias, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios no pueden imponer tributos sobre la fabricación y consumo de cervezas nacionales, no podían tampoco gravar su tránsito, porque el transporte y distribución son actividades imprescindibles para colocar el producto en posibilidad de ser consumido y son etapas inherentes a la producción y comercialización del mismo.

Si el legislador hubiera pretendido que una de las etapas relacionadas con la producción y el consumo de cervezas, fuera gravada con la estampilla autorizada por la ley, lo habría dispuesto expresamente, tal como lo señaló para efectos del impuesto de industria y comercio en la Ley 14 de 1983 en su artículo 69.

SECCION CUARTA

Así mismo si el Decreto extraordinario 1222 de 1986, (Código de Régimen Departamental), prohíbe a las Asambleas Departamentales en sus artículos 62 numeral 1º y 71 numeral 5º, imponer gravámenes a los artículos que se encuentran gravados con el impuesto nacional, y si de conformidad con los Decretos 190 y 294 de 1969, el consumo de cervezas está gravado con el impuesto llamado de consumo, que es un impuesto nacional, no puede la Asamblea pretender gravarlo directa o indirectamente con la estampilla "Pro Ciudadela Universitaria del Atlántico".

No hay duda que para efectos del impuesto nacional tratándose del consumo de cerveza, el transporte constituye parte fundamental del proceso de producción, distribución y consumo, como puede inferirse del Decreto 294 de 1969 reglamentario del Decreto-ley 190 del mismo año, cuyo artículo 2º preceptúa:

"El valor de las cervezas y sifones que sirve de base para la liquidación del impuesto está constituido por el precio de fabricación al detallista en la ciudad capital del departamento en el cual se halle ubicada la respectiva fábrica, puesto el producto en el lugar de expendio. Dicho valor será fijado por la Superintendencia Nacional de Precios, previa consulta con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público". (Resalta la Sala).

Entonces cuando el artículo 1º numeral 14 de la Ordenanza número 1 de 1982 de la Asamblea Departamental del Atlántico impone a las tornaguías que amparan las cervezas introducidas al Departamento del Atlántico, el uso de la estampilla Pro Ciudadela Universitaria del Atlántico, transgrede las normas superiores invocadas y excede el uso de la autorización concedida por la Ley 77 de 1981, artículo 4º razón por la cual era procedente su retiro del ordenamiento jurídico como lo precisó el *a quo*.

No obstante, tal determinación no puede exceder el marco del petitum de la demanda, pues como acertadamente lo afirma el Delegado del Procurador, éste sólo se refiere a "las cervezas".

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. *Anúlase* el término “cervezas” contenido en el artículo 1º numeral 14 de la Ordenanza número 1 de 1982, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente. Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano.

Jorge A. Torrado, Secretario.

Nota de Relatoría: Mediante sentencia de 22 de enero de 1993, Exp. 4155. Actor: Cervecería Aguila S.A., Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, la Sección Cuarta confirmó la nulidad del artículo 4o. numeral 11 de la ordenanza No. 16 de 1987, expedida por la Asamblea del Depto. del Atlántico.

ENTIDAD INTERVENIDA / ACREENCIAS / TOMA DE POSESION DE BIENES/ SUPERINTENDENTE BANCARIO - Funciones / LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA

El Superintendente Bancario no solamente se hallaba sujeto a pronunciarse, en términos preclusivos, respecto de las reclamaciones de los acreedores de la intervenida, sino que debía fijar el importe exacto de las distintas acreencias, en cifra líquida, determinada claramente al comienzo de su gestión, y no en guarismos abstractos o hipotéticos, que obviamente le hubieren restado precisión y consistencia a su inventario de obligaciones, sin certeza ninguna sobre el valor real de la masa pasiva. Si por otra parte, las provisiones para el pago, tanto de los créditos aceptados como del demérito monetario sufrido por éstas, garantizaba la cobertura de los mismos, resulta claro que los cargos por el presunto quebrantamiento de preceptos relativos a derechos adquiridos o al sistema de valor constante, carecían de fundamento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 22 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Ref.: Radicación 4315.

Apelación sentencia del 18 de junio de 1992, Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 2210 de julio 7 de 1989 y 966 del 26 de marzo de 1990, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

Actora: Corporación Social de Ahorro y Vivienda, Colmena. Fallo.

La Corporación Social de Ahorro y Vivienda, Colmena, la actora, mediante apoderada, apela de la sentencia de 18 de junio de 1992, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento promovido contra las Resoluciones números 2210 de 7 de julio de 1989 y 966 de 26 de marzo de 1990, expedidas por el Superintendente Bancario, por las que se aceptó la reclamación número 385 de la accionante, dentro del proceso de liquidación de Scala Sociedad Fiduciaria. S.A., y se decidió el recurso existente.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES:

Por la primera de las citadas providencias, artículo 1º, letra I), “Fideicomiso Alférez Real”, se dijo aceptada la reclamación... anulada con base en pagarés, en suma de \$61.802.564, efectuada la liquidación “en los términos estrictos estipulados en el respectivo título (...), rechazando por ende la diferencia que resulta respecto de la liquidación presentada en exceso por parte del reclamante” diferencia referida a la corrección monetaria determinada oficialmente en la fecha de la resolución de toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la sociedad intervenida, de 9 de febrero de 1989, y no como se pretendía, en la del pago.

Dicha providencia fue confirmada en la vía gubernativa, argumentándose en lo fundamental, que el reconocimiento y pago de créditos pactados en UPAC se debía efectuar por el valor, en pesos, que resultare de multiplicar el número de tales unidades, por su valor el día del decreto de la toma de posesión, más los intereses pactados, liquidados igualmente en esta fecha, y que tal aceptación, “debe efectuarse en pesos y no por su respectivo equivalente en UPAC por ser el peso la moneda legal de curso forzoso que tiene poder liberatorio en el país, al paso que el sistema de Unidad de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, no configura un nuevo signo monetario, no es una medida general de valor, pues no posee poder liberatorio ni se le asigna atributo alguno que permita considerarla de curso forzoso, como quiera que solo sirve como instrumento para determinar o establecer el quantum de cierto tipo de obligaciones, como lo tiene entendido la jurisprudencia...”.

LA DEMANDA:

Indica transgredidos, por los conceptos que se resumen, los siguientes preceptos:

1. El artículo 30 de la Constitución, por cuanto, habiéndose pactado el crédito reclamado en UPAC, se habría adquirido el derecho a que el pago se efectuara también en UPAC, por su valor equivalente en la fecha de aquél;

SECCION CUARTA

sobre el tema de los derechos adquiridos, se reproducen apartes de la sentencia de 26 de agosto de 1983, de esta Corporación.

2. Los artículos 3º del Decreto 677 de 1972, 2º del Decreto 678 de 1972 y 1º y 2º del Decreto 1229 del mismo año, sobre el régimen de valor constante en ahorros y préstamos de las corporaciones de vivienda, por haber ignorado la Superintendencia la naturaleza y funciones de las UPAC, pretendiendo liquidar estas en fecha anterior a la del pago, por lo que la obligación quedaría sometida a su valor nominal.

El hecho de que, por tales disposiciones las corporaciones deban trabajar con el sistema UPAC, impediría que las mismas se vieran afectadas por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón de ser del sistema, de modo que, de pactarse obligaciones en pesos, sin ningún medio compensatorio de la devaluación monetaria, las corporaciones violarían la ley por la misma razón, se impondría a personas distintas a estas y, especialmente, a entidades estatales, el respeto por el sistema, pues no tendría ningún objeto que éste, establecido por el legislador en aras del fomento y protección de la industria de la construcción, se aplicara solo a las corporaciones de ahorro y vivienda, si entes como la Superintendencia Bancaria, desconocen el mismo y la función de liquidar las UPAC, en fecha distinta a aquella en que deba realizarse el pago.

El planteamiento de la Superintendencia, según el cual, los créditos se deben aceptar en pesos, y no por su equivalente en UPAC, "por ser el peso la moneda legal de curso forzoso que tiene poder liberatorio en el país", sería completamente equivocado y denotaría la errónea motivación de sus actos, ya que el sistema en cuestión no crea otro nuevo, liberatorio de obligaciones ni una nueva moneda, sino que hace frente a la pérdida de poder adquisitivo de ésta, dentro de hipótesis tan claras que el propio artículo 1º del Decreto 1229 de 1972 citado, ordena reducir los créditos en UPAC a moneda legal, reconociendo expresamente que las UPAC no son una moneda.

3. Los artículos 1602 del Código Civil y 619 y 626 del Código de Comercio, pues, si por disposición de las normas sobre UPAC se impone a las corporaciones de ahorro y vivienda pactar en este sistema, la decisión de la Superintendencia desconocería una potestad admitida y respaldada por la ley y, consiguientemente, la autonomía contractual y el efecto del contrato frente a terceros, así como las previsiones de las normas mercantiles, citadas, sobre títulos valores, dado el hecho de haberse señalado en los pagarés presentados con la reclamación, el día y lugar del pago y la cantidad dineraria

constitutiva de la acreencia, y que ésta se satisfaría, “*corregida monetariamente*, de acuerdo con el valor que para la precitada fecha tenga fijado el Banco de la República, o quien haga sus veces, de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, en desarrollo de lo previsto en el Decreto 677 de 1972 y demás normas que lo adicionen o modifiquen en la materia...”. (Resaltado en el texto de la demanda).

Tan nítidas serían estas disposiciones, que en el aparte octavo de la Resolución 2210 de 1989, se dice, “que la liquidación de las obligaciones se ha efectuado conforme a los términos estrictos de los títulos o documentos que la sustentan...”, pero incurriéndose en errónea motivación, por sustentarse el acto en hechos contrarios a la verdad, o en supuestos de hecho falsos o errados, toda vez que si la Superintendencia se hubiera sujetado al tenor literal de los títulos habría reconocido la corrección monetaria pedida, lo que no hizo.

En cuanto al principio de la igualdad de los acreedores se anota que, el haber dicho la Superintendencia que la aceptación de créditos expresados en medidas de valor o equivalencia, y no en pesos, pugnaba con el aludido principio, porque los titulares de créditos pactados con base en intereses no tendrían derecho a los mismos, como sí los titulares de los de la corrección monetaria, que recuperarían parte de éste, implicaría haberse confundido los conceptos de corrección monetaria e intereses, cuando de lo que se trataba no era de intereses, o frutos civiles o rendimientos producidos por la moneda, sino simplemente del mismo capital entregado con idéntica capacidad adquisitiva.

So pretexto de la igualdad de los acreedores del proceso concursal la Superintendencia no podría ignorar la preferencia de los créditos, ni el contenido de los mismos, pues, de hacerlo, obraría como parte contratante, preguntándose si, de haberse convenido intereses remuneratorios en determinado título, y en otro no cabría, con dicho pretexto, reconocer los intereses no pactados a quien se abstuvo de convenirlos, o rechazarlos a quien sí los pactó; según lo planteado en los actos acusados, se tendría que concluir que es permisible la reducción del capital de un acreedor, en pro del principio de la igualdad de los acreedores.

LA SENTENCIA APELADA:

Recapitula el sistema normativo vigente en materia de la toma de posesión de los entes crediticios, facultades específicas del Superintendente Bancario, procedimiento de la liquidación forzosa administrativa y contenido del acto de toma de posesión, contemplados principalmente, por los artículos 48 de la Ley

SECCION CUARTA

45 de 1923 y 3º, literal q), del Decreto 1939 de 1986, y las disposiciones de los Decretos 2217 de 1982, 1215 de 1984 y 335 de 1989.

Asume que la "filosofía" de dicha normatividad, es la protección del ahorrador que exige, a la vez, la guarda del patrimonio intervenido para el pago de los créditos, previéndose que éstos o sus intereses no se puedan satisfacer íntegramente o de inmediato, por lo que, por su naturaleza y efectos, el proceso de liquidación forzosa administrativa se asimilaría al de la quiebra mercantil, según se desprendería de lo expuesto en la sentencia de 26 de agosto de 1983, de la Sección Primera de esta Corporación, Expediente 4075, Consejero Ponente: Doctor Pérez Escobar, siendo posible adoptar en aquella, en lo pertinente, los criterios de normatividad por los que ésta se rige y, especialmente, el principio, *par conditio creditorum*, o de la igualdad en la calidad y expectativa de los acreedores.

El sistema UPAC, conforme a los artículos 3º del Decreto 677 de 1972, 2º del Decreto 678 de 1972 y 1º y 2º del Decreto 1229 del mismo año, se habría creado, "a fin de garantizar que debido a la devaluación constante por efecto de nuestra economía, el monto que se da en crédito no perdiera su valor haciendo estimativos para lograr la permanencia de la igualdad adquisitiva del dinero que se da en préstamo", como así se habría puntualizado en la sentencia de 12 de junio de 1987, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, Proceso número 0559.

Prosigue, que la pretensión para que se reconozca la obligación en UPAC y no en pesos, implicaría que fuera impredecible el valor real del crédito, en tanto que para acreedores que pactaron éste en pesos no se derivarían los mismos rendimientos, aspecto en el que reproduce algunos apartes de la sentencia de casación de 26 de enero de 1990, con ponencia del Magistrado, doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

Dice igualmente inaceptable que las estipulaciones contractuales base de la obligación reclamada, puedan tener vigencia en el proceso de liquidación forzosa, "porque la misma argumentación podría hacerse con respecto a las acciones judiciales para hacer efectivo el pago de lo adeudado, o el deudor de la entidad con respecto al plazo que de su obligación no se ha vencido que por efecto de la declaratoria de toma de posesión se hace exigible a tal fecha..." (sic).

Y que todos los acreedores, en este evento, formarían un solo grupo, perdiendo su individualidad frente a "la masa de bienes que se conforman (sic) con base en los bienes y en el monto de las liquidaciones que deben ser ciertas

y no con posibilidad de acrecer por efecto de la generación de intereses sobre el monto de lo reconocido, o por efecto del reconocimiento de la obligación en sistema que no permita conocer exactamente a la fecha del reconocimiento de la obligación el valor exacto de la misma, lo que impediría realmente, como lo afirma la Superintendencia en su alegato de fondo, establecer cuál es con exactitud la masa para la satisfacción de los créditos reconocidos...”.

En relación con la aducida violación del artículo 30 de la Constitución, transcribe apartes de la sentencia de la Sala de 3 de octubre de 1968, referente al tema de los “derechos adquiridos”.

Concluye, que los derechos adquiridos que la demandante afirma desconocidos, son los provenientes, “de la relación contractual de que el pago de la acreencia le fuera hecho en UPAC al valor equivalente a la fecha de dicho pago, pero tal obligación contractual no tiene vigencia frente al proceso de liquidación forzada de una entidad, puesto que esta última se hace en razón del interés público que debe primar sobre el privado surgido de la celebración de un contrato interpartes, por tanto, para este evento no es dable alegar derecho adquirido de conformidad con el concepto que del mismo suministra la jurisprudencia...”.

EL RECURSO DE APELACION:

Se ratifica en el postulado de los derechos adquiridos conforme a la Constitución y la ley, y que lo habrían sido en virtud de normas civiles por las que se regía el sistema de ahorro y vivienda, como las de los Decretos 677 y 678 de 1972 y 1229 del mismo año, y los artículos 1602 del Código Civil y 619 y 626 del Código de Comercio, y no de acuerdo con normas administrativas, según se da a entender en la sentencia, cuyas citas jurisprudenciales en el punto, no vendrían al caso.

Igualmente, en el hecho de que para las corporaciones de ahorro y vivienda fuera forzoso pactar sus créditos en UPAC, debiendo tener vigencia la obligación a cargo de la sociedad intervenida, en los términos originalmente pactados, sin que se pudieran anteponer las razones de “interés público” que aduce el *a quo*, pues, una cosa sería adquirir el derecho y otra, renunciar a algunas prerrogativas del mismo, en casos en que debe primar dicho interés; y que desconocido el derecho a recuperar el crédito ajustado monetariamente en la fecha del pago, y efectuados todos los pagos del fideicomiso liquidado, sin embargo sobraen bienes que deben devaluarse por ley a los inversionistas, se preguntaría si esto es primacía del interés público sobre el privado.

SECCION CUARTA

Por otra parte, que la jurisprudencia de la Corte, en sentencia de los derechos adquiridos, según lo denotado en la sentencia de 3 de octubre de 1968 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, citada en el fallo recurrido, no habría sido uniforme, aparte de que, si bien el régimen de la liquidación administrativa de que se habla, contiene normas en las que prima el interés particular cuando, sin norma legal que lo autorice y, contrariamente, quebrantando disposiciones propias del sistema de ahorro y vivienda, desmejora la situación de un ahorrador frente a los demás.

Comparte la tesis del *a quo*, de que el régimen especial de la liquidación administrativa se hubiera expedido en aras del interés público, pero subraya que, en sus desarrollos, debe el Estado sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, algunos referidos a la protección de los ahorradores, como el que excluye de la masa de liquidación los depósitos en bancos u otras operaciones que por su origen no requieren, para su restitución, trámite o condición alguna.

El hecho de que los reembolsos deban hacerse con arreglo a la prelación de créditos fijada por la ley o, a prorrata, si carecen de privilegios, no significaría que estipulaciones contractuales en normas legales, dejaran de tener vigencia en el proceso de liquidación forzosa, como lo pretendería el Tribunal, que cita la estipulación contractual "relativa al plazo de la obligación que podría anteponerse en el caso de la toma de posesión", pero olvidando que la norma que establecía que la toma de posesión implicaba la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, el artículo 6º, numeral 2º, del Decreto 2217 de 1982, había sido anulada por sentencia de 26 de agosto de 1983, del Consejo de Estado.

Afirma que el Tribunal hace caso omiso del artículo 3º del Decreto 677 de 1972, columna vertebral del sistema UPAC, en el que se distinguirían claramente los conceptos de interés y reajuste del poder adquisitivo de la moneda, o corrección monetaria, habiendo sido esta la solicitada en la reclamación y no los intereses, como erróneamente lo sostiene aquel, por lo que la invocación de la sentencia de la Corte, de 24 de enero de 1990, no vendría al caso, por haberse tratado en ésta un problema de reconocimiento de intereses moratorios, conforme al artículo 884 del Código de Comercio, que incluían ya la devaluación monetaria, según lo estimó el juzgador.

El Tribunal habría ignorado, así mismo, los artículos 1602 del Código Civil y 619 y 626 del Código de Comercio, cuya violación se sustentó en la demanda y el alegato de conclusión y sobre la que el mismo no habría hecho

y no con posibilidad de acrecer por efecto de la generación de intereses sobre el monto de lo reconocido, o por efecto del reconocimiento de la obligación en sistema que no permita conocer exactamente a la fecha del reconocimiento de la obligación el valor exacto de la misma, lo que impediría realmente, como lo afirma la Superintendencia en su alegato de fondo, establecer cuál es con exactitud la masa para la satisfacción de los créditos reconocidos...”.

En relación con la aducida violación del artículo 30 de la Constitución, transcribe apartes de la sentencia de la Sala de 3 de octubre de 1968, referente al tema de los “derechos adquiridos”.

Concluye, que los derechos adquiridos que la demandante afirma desconocidos, son los provenientes, “de la relación contractual de que el pago de la acreencia le fuera hecho en UPAC al valor equivalente a la fecha de dicho pago, pero tal obligación contractual no tiene vigencia frente al proceso de liquidación forzada de una entidad, puesto que esta última se hace en razón del interés público que debe primar sobre el privado surgido de la celebración de un contrato interpartes, por tanto, para este evento no es dable alegar derecho adquirido de conformidad con el concepto que del mismo suministra la jurisprudencia...”.

EL RECURSO DE APELACION:

Se ratifica en el postulado de los derechos adquiridos conforme a la Constitución y la ley, y que lo habrían sido en virtud de normas civiles por las que se regía el sistema de ahorro y vivienda, como las de los Decretos 677 y 678 de 1972 y 1229 del mismo año, y los artículos 1602 del Código Civil y 619 y 626 del Código de Comercio, y no de acuerdo con normas administrativas, según se da a entender en la sentencia, cuyas citas jurisprudenciales en el punto, no vendrían al caso.

Igualmente, en el hecho de que para las corporaciones de ahorro y vivienda fuera forzoso pactar sus créditos en UPAC, debiendo tener vigencia la obligación a cargo de la sociedad intervenida, en los términos originalmente pactados, sin que se pudieran anteponer las razones de “interés público” que aduce el *a quo*, pues, una cosa sería adquirir el derecho y otra, renunciar a algunas prerrogativas del mismo, en casos en que debe primar dicho interés; y que desconocido el derecho a recuperar el crédito ajustado monetariamente en la fecha del pago, y efectuados todos los pagos del fideicomiso liquidado, sin embargo sobra en bienes que deben devaluarse por ley a los inversionistas, se preguntaría si esto es primacía del interés público sobre el privado.

SECCION CUARTA

Por otra parte, que la jurisprudencia de la Corte, en sentencia de los derechos adquiridos, según lo denotado en la sentencia de 3 de octubre de 1968 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, citada en el fallo recurrido, no habría sido uniforme, aparte de que, si bien el régimen de la liquidación administrativa de que se habla, contiene normas en las que prima el interés particular cuando, sin norma legal que lo autorice y, contrariamente, quebrantando disposiciones propias del sistema de ahorro y vivienda, desmejora la situación de un ahorrador frente a los demás.

Comparte la tesis del *a quo*, de que el régimen especial de la liquidación administrativa se hubiera expedido en aras del interés público, pero subraya que, en sus desarrollos, debe el Estado sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, algunos referidos a la protección de los ahorradores, como el que excluye de la masa de liquidación los depósitos en bancos u otras operaciones que por su origen no requieren, para su restitución, trámite o condición alguna.

El hecho de que los reembolsos deban hacerse con arreglo a la prelación de créditos fijada por la ley o, a prorrata, si carecen de privilegios, no significaría que estipulaciones contractuales en normas legales, dejaran de tener vigencia en el proceso de liquidación forzosa, como lo pretendería el Tribunal, que cita la estipulación contractual "relativa al plazo de la obligación que podría anteponerse en el caso de la toma de posesión", pero olvidando que la norma que establecía que la toma de posesión implicaba la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, el artículo 6º, numeral 2º, del Decreto 2217 de 1982, había sido anulada por sentencia de 26 de agosto de 1983, del Consejo de Estado.

Afirma que el Tribunal hace caso omiso del artículo 3º del Decreto 677 de 1972, columna vertebral del sistema UPAC, en el que se distinguirían claramente los conceptos de interés y reajuste del poder adquisitivo de la moneda, o corrección monetaria, habiendo sido esta la solicitada en la reclamación y no los intereses, como erróneamente lo sostiene aquel, por lo que la invocación de la sentencia de la Corte, de 24 de enero de 1990, no vendría al caso, por haberse tratado en ésta un problema de reconocimiento de intereses moratorios, conforme al artículo 884 del Código de Comercio, que incluían ya la devaluación monetaria, según lo estimó el juzgador.

El Tribunal habría ignorado, así mismo, los artículos 1602 del Código Civil y 619 y 626 del Código de Comercio, cuya violación se sustentó en la demanda y el alegato de conclusión y sobre la que el mismo no habría hecho

ningún pronunciamiento, contrariando el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, sobre el contenido de la sentencia, a más de haberse fundado íntegramente en documentos incluidos en el tomo 6º de la publicación de la Superintendencia Bancaria, denominada “Intervención de Instituciones Financieras”, teniendo por vigentes, en el procedimiento de intervención administrativa, los Decretos 2217 de 1982 y 1215 de 1984, y respecto de las atribuciones de la Superintendencia y la liquidación de sociedades fiduciarias, los Decretos 1939 de 1986 y 335 de 1989, respectivamente, normas todas, que habría incorporado el Decreto 1730 de 4 de julio de 1991, o estatuto orgánico del sistema financiero, de aplicación inmediata.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El Superintendente Bancario, debidamente representado, sostiene, en resumen:

1. En lo referente a la violación de derechos adquiridos, que la noción de éstos se contrapone a la de las “meras expectativas”, nociones objeto de discusión por los doctrinantes, muchos de los cuales admiten, sin embargo, la figura del derecho adquirido que, igualmente aparece consagrada en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 y que la Corte Suprema de Justicia acepta como concepción “patrimonialista”, según se desprendería de diversos pronunciamientos, entre otros, el auto de 2 de marzo de 1918 y la sentencia de 28 de octubre de 1925, de donde, la pretensión de la demandante para que el crédito reclamado se tasara en UPAC, en el momento del pago, no constituiría derecho adquirido, sino mera expectativa, en cuanto tal derecho no había entrado a hacer parte de su patrimonio; y que aún en el supuesto de que así fuera, sería desacertado afirmar que los acuerdos de las partes primaran sobre el interés general, por ser ello contrario a lo preceptuado por los artículos 3º de la Constitución (o 58 de la nueva Carta) y 16 del Código Civil.

Por otra parte, que doctrinaria y jurisprudencialmente, la actividad financiera ha sido considerada de interés público y así aparece ello plasmado en el artículo 335 de la actual Carta Política; y del mismo modo, que las normas sobre liquidación forzosa administrativa de entidades financieras tienen por fin la protección, no solamente de los intereses de los particulares afectados, sino del orden público económico y la seguridad y confianza públicas, que prevalecen sobre el interés privado y no admiten la teoría de los derechos adquiridos, en términos de los artículos 1º y 58 constitucionales.

El proceso de liquidación de que se trata, pertenecería a la especie de los doctrinariamente denominados “concursoales”, en los que debe darse exacta

SECCION CUARTA

aplicación al principio de la igualdad de los acreedores *par conditio creditorum*, por el que todos los créditos se deben satisfacer en igual forma, proporción y plazo, excepto las preferencias legales, para evitar discriminaciones o el favorecimiento de algún acreedor en perjuicio de la masa, en forma que, desde la toma de posesión y durante el lapso en que debe cumplirse el procedimiento legal que haga viable el pago de las obligaciones reconocidas, ningún crédito “debe beneficiarse con el reconocimiento financiero alguno, pues el cumplimiento de dichos trámites procedimentales constituye una causa legal que impide al deudor el pago de los créditos de manera inmediata a la toma de posesión...”.

Por sí misma, la liquidación forzosa sería una medida dañosa y perjudicial, que las normas que la regulan, atenuarían, procurando el menor deterioro patrimonial de las acreencias reconocidas, por vía de la prelación de créditos y el cumplimiento estricto de las reglas sobre distribución equitativa de la masa; y que si se aceptaron créditos con intereses y rendimientos causados desde la toma de posesión hasta la fecha del pago efectivo, resultaría imposible determinar, en un momento dado, la masa de liquidación o masa pasiva, ya que el reconocimiento de aquellos aumentaría progresivamente ésta, imposibilitándose el pago conforme a la graduación de créditos, o en proporción directa entre el valor de cada uno y el valor de la masa activa, en caso de que los bienes concursados fueran insuficientes para atender todas las obligaciones del ente intervenido, en perjuicio del principio *par conditio*.

Por lo demás, niega que a la accionante se hubiera desconocido su derecho, pues que, contrariamente, su crédito se habría aceptado, tasándose por la conversión del valor de la obligación al valor de las UPAC en el momento de la toma de posesión; sobre el interrogante planteado por aquella, en relación con los bienes sobrantes, cuya devaluación a los accionistas dispone la ley, dice que es “una falacia”, porque, de conformidad con el literal s) del artículo 1.8.2.3.5. del Estatuto Orgánico del sistema financiero, es función del liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, “con posterioridad a la constitución de la provisión para el pago del pasivo cierto no reclamado, destinar recursos de la liquidación al pago de la desvalorización monetaria que hubieran podido sufrir las acreencias que debieron sujetarse al proceso liquidatorio, para lo cual se requerirá la aprobación del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras...”, de lo que se inferiría que solo de haber remanente y constituida la provisión, tales recursos se podrían destinar al pago de la desvalorización monetaria.

2. Por lo que respecta a la alegada transgresión de los artículos 3º del Decreto 677 de 1972, 2º del Decreto 678 de 1972 y 1º y 2º del Decreto 1229

del mismo año, que la aceptación de los créditos debe hacerse en pesos, “por su respectiva equivalencia en UPAC” (sic), por constituir aquellos la moneda en curso forzoso con poder liberatorio [a partir de este punto, el alegato reproduce textualmente lo dicho en la resolución del recurso gubernativo; no obstante, agrega que el artículo 6º, inciso 2º, del Decreto 2216 de 1982, recogido por el artículo 1.8.2.2.2., letra d), del Estatuto Orgánico del Sistema financiero, contenía la misma norma del artículo 6º, numeral 2º, del Decreto 2217 de 1982, declarada nula por esta Corporación “de tal forma (que) el contenido de la norma en cuestión jamás dejó de tener vigencia...”].

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para empezar, la Sala advierte suscitada la controversia, no propiamente por la circunstancia de si el crédito pactado en unidades de valor constante se debía reconocer, o no, por su equivalente en pesos; de hecho, el Superintendente Bancario, en la primera de las providencias acusadas, dice aceptada la reclamación con apoyo en los pagarés anexos y liquidados estos, “en los términos estrictos estipulados en el respectivo título”, esto es, corregidos monetariamente conforme a las pretensiones de la reclamante.

Se trataba, simplemente de un problema de oportunidad, en punto a definir la forma exacta en la que se debía producir la conversión del crédito indexado, si, como lo había resuelto el Superintendente, a tiempo de la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la fiduciaria intervenida, o, según se reclamaba, cuando se realizara efectivamente el pago.

En surtimiento de la toma de posesión de dichos negocios, bienes y haberes, el superintendente manifestó obrar especialmente en virtud de las atribuciones que le conferían los Decretos 2217 de 1982, 1215 de 1984, 1939 de 1986 y 335 de 1989, expedidos, principalmente, para “agilizar los trámites” en cuestión.

Ahora bien, el artículo 5º del primero de estos decretos dispone que, “dentro de los quince (15) días siguientes” a la toma de posesión de la entidad, el Superintendente haga “un inventario detallado de los bienes y obligaciones de la misma”; el 12 *ib.* (reproducido en esta parte por el 12 del Decreto 1215 de 1984), que dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo para presentar reclamaciones, señale, mediante resolución, las reclamaciones aceptadas y rechazadas y especifique, entre otros datos, “el monto de la deuda”; y el 15 *ib.*, que fijada la prelación de créditos, “cubra el pasivo reclamado” y efectúe “las provisiones de que tratan los artículos siguientes”, provisiones que, conforme al artículo 17 del Decreto 1215 de 1984, están

SECCION CUARTA

destinadas a “cubrir las acreencias reclamadas, aceptadas y no cobradas”; adicionalmente, el artículo 1.8.2.3.5., letra s), del estatuto orgánico del sistema financiero, que recoge las normas vigentes en la materia, prevé que, una vez efectuadas tales provisiones, se destinen “recursos de la liquidación al pago de la desvalorización monetaria que hubieren podido sufrir las acreencias que debieron sujetarse al proceso liquidatorio, para lo cual se requerirá la aprobación del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras...”; y el artículo 27 del antes citado Decreto 2217 de 1982, que “los acreedores que no sean satisfechos íntegramente (...), conservarán sus acciones contra los directores y administradores de la entidad, por la responsabilidad que les corresponde según las leyes comunes...”.

Del contexto de las anteriores disposiciones se desprende, nítidamente, que el Superintendente Bancario no solamente se hallaba sujeto a pronunciarse, en términos preclusivos, respecto de las reclamaciones de los acreedores de la intervenida, sino que debía fijar el importe exacto de las distintas acreencias, en cifra líquida, determinada claramente al comienzo de su gestión, y no en guarismos abstractos o hipotéticos, que obviamente la hubieren restado precisión y consistencia a su inventario de obligaciones, sin certeza ninguna sobre el valor real de la masa pasiva.

Si, por otra parte, las provisiones para el pago, tanto de los créditos aceptados como del demérito monetario sufrido por éstas, cuya constitución no fue objeto de controversia en el proceso, garantizaba la cobertura de los mismos, al menos hasta donde los recursos de la liquidación lo permitieran, resulta claro que los cargos por el presunto quebrantamiento de preceptos relativos a derechos adquiridos o al sistema de valor constante, carecían de fundamento y ameritaban la decisión proferida por el *a quo*, que debe mantenerse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

La doctora Socorro Fernández Moreno tiene personería para obrar en nombre de la Superintendencia Bancaria.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

EXP. - 4315

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sección.*Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

POLIZA DE SEGUROS - Restricción

El hecho de anunciar, comunicar u ofrecer un seguro en condiciones no aprobadas previamente por la Superintendencia Bancaria, entre ellas las tarifas, ciertamente constituye transgresión del artículo 20 de la Ley 105 de 1927. No puede admitirse como excusa el hecho de que la carta enviada sea irrelevante desde el punto de vista de la contratación del seguro, porque el citado artículo no precisa ni exige que la oferta, el anuncio o comunicación tenga o no efectos en su colocación. Así mismo al ser expedido el amparo provisional sobre la póliza cuyas condiciones no fueron aprobadas previamente por la autoridad competente también transgredió la sancionada, el mencionado artículo.

CUENTA CORRIENTE EN EL EXTERIOR - Límites/ SUPERINTENDENTE BANCARIO/ FACULTAD SANCIONATORIA

Ni las sucesivas peticiones a la Superintendencia Bancaria, ni la afirmación de necesidad de protección de bienes del Estado, exoneran de responsabilidad a la actora toda vez que recibido el pago de una prima y depositado en una cuenta del exterior, tal saldo en bancos del exterior, superó el límite del 10% sobre el capital pagado, reservas patrimoniales y técnica, exigido por el artículo 14 numeral 2 del Decreto 1691 de 1960. Entonces infringida la anterior disposición, era obligación del Superintendente Bancario imponer la sanción pecuniaria, sin que pudiera abstenerse de aplicar la ley en consideración a la naturaleza jurídica del infractor, sus intenciones o motivos, para permitir que las instituciones sometidas a su control procedan contra legem, por considerarlo conveniente a sus intereses económicos.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Guillermo Chahín Lizcano*.

Ref.: Expediente 4412.

Actora: La Previsora S.A., Compañía de Seguros.

Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 289 de enero 28 de 1988 y 3191 de abril 23 de 1990 de la Superintendencia Bancaria. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad La Previsora S. A., Compañía de Seguros, la actora, contra la sentencia del 6 de julio de 1992, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 289 de enero 28 de 1988 y 3191 de abril 13 de 1990, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de sus facultades legales de inspección y vigilancia la Superintendencia Bancaria, ordenó la práctica de una visita especial a la Previsora S. A., Compañía de Seguros, en la cual encontró que:

1. La sociedad cotizó mediante carta SO DT 2394 de noviembre 30 de 1986, Seguros de Incendio a Terpel de Antioquia con base en una tarifa que no estaba aprobada para entonces por la Superintendencia Bancaria.

2. Que expidió amparos provisionales correspondientes a la póliza colectiva de accidentes personales para funcionarios de la Rama Jurisdiccional y aplicó unas tarifas especiales sin previa aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Mediante los Oficios DS y C 354429849 del 7 de julio de 1987 y DSyC 4216-036256 del 10 de agosto de 1987, la Superintendencia Bancaria solicitó a la Previsora S. A., Compañía de Seguros, las explicaciones de las conductas cometidas.

La sociedad requerida dio las explicaciones pertinentes mediante las cartas 043143 del 21 de julio de 1987 y 051158 del 1º de septiembre de 1987 (folio 54) exponiendo que, en la póliza que se expidió para Terpel Antioquia, la aseguradora cobró la tasa del 2.5%, a partir del 13 de marzo de 1987, fecha en la cual recibió la aprobación de la Superintendencia bancaria, pero nada dijo sobre el cargo relativo al ofrecimiento efectuado el 30 de noviembre de 1986.

SECCION CUARTA

Que el amparo provisional "de seguro de vida y accidentes personales para los honorables Magistrados y jueces de la República", fue expedido el 3 de marzo de 1987, en atención a la solicitud formulada por el Secretario General de la Presidencia de la República, con casi dos meses de anterioridad a la expedición del Decreto 774 de abril 29 de 1987 y que dentro del mencionado amparo no indicó las tasas o tarifas a cobrar, pero que, con Oficio 001849 del 4 de febrero de 1987, se presentó al Secretario General de la Presidencia de la República un estudio de coberturas de costos ajustado a los requerimientos del Gobierno y sujeto a la aprobación de la Superintendencia Bancaria, con propuesta de una tasa especial en consideración al servicio pretendido.

3. Mediante el Oficio DSyC-3613, la Superintendencia Bancaria, expuso a la Previsora S. A., Compañía de Seguros, que observando el saldo de US\$3.760.239.50 contenido en el extracto de la cuenta corriente del Banco Ganadero Sucursal "Panamá", primer trimestre de 1987 se encontró que aplicado al mismo, el tipo de cambio vigente a 31 de marzo de 1987, superaba el 10% del capital pagado, las reservas patrimoniales y técnicas de la Compañía, con contravención a lo exigido por el Decreto 1691 de 1960, por lo que mediante el Oficio SDO 36164 del 10 de agosto de 1987, le solicitó las explicaciones pertinentes.

La Compañía de Seguros mediante carta radicada el 24 de agosto de 1987 bajo el número 049374 (folio 97) dio respuesta a la solicitud, y luego de formular algunas explicaciones, reconoció la existencia del exceso de inversión en el saldo de dicha cuenta.

Rendidas las explicaciones pertinentes, la Superintendencia Bancaria, profirió la Resolución número 0289 del 28 de enero de 1988, mediante la cual impuso a La Previsora S. A., Compañía de Seguros una multa de \$1.500.000.00 para sancionar las irregularidades cometidas.

Contra dicha resolución la sociedad recurrió en reposición ante la misma Superintendencia, que falló el recurso mediante la Resolución número 1391 del 23 de abril de 1990, confirmando el acto administrativo recurrido.

LA DEMANDA:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la sociedad La Previsora S. A., Compañía de Seguros, acusando al acto administrativo sancionatorio de incurrir en violación de los artículos 16, 30 y 34 de la Constitución Nacional;

20 de la Ley 105 de 1927; 14 del Decreto-ley 2304 de 1989; el Decreto 774 de 1987; la Ley 16 de 1988 y el Decreto 1691 de 1960, pues a su juicio la entidad estatal interpretó erróneamente las Comunicaciones números SODT 2394 y 023410 incurriendo en falsa motivación, violando así el artículo 20 del Decreto-ley 105 de 1927. Que así mismo, al imponerle sanción por un exceso de inversión, que posteriormente autorizó, incurrió en violación del artículo 2º del Decreto 1691 de 1960.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al estimar que la Compañía de Seguros, al ofrecer a Terpel de Antioquia un seguro con ventajas o condiciones no incluidas dentro de una póliza sí incurrió en la transgresión del artículo 20 de la Ley 105 de 1927.

Que así mismo al poner el 4 de febrero de 1987 en disposición del Secretario General de la Presidencia de la República un esquema de coberturas y costos para amparar los riesgos de seguro de vida y accidentes personales de la Rama Jurisdiccional, sin estar previamente aprobado por la Superintendencia Bancaria, y al haber expedido un amparo provisional sin la aprobación previa del modelo por parte de la Superintendencia transgredió el artículo 20 de la Ley 105 de 1927.

Que igualmente, al mantener un exceso de inversión en dólares no autorizado por la ley, en la cuenta del Banco Ganadero en Panamá, transgredió las disposiciones contenidas en el Decreto 1691 de 1960 artículo 2º numeral 14, sin que pudiera admitirse como excusa la reiterada solicitud formulada por la actora a la Superintendencia Bancaria de una autorización para la constitución de un depósito en el exterior sobre los límites mencionados, toda vez que la Superintendencia Bancaria no podía contra legem conceder dicho permiso, por lo que, no puede afirmarse que la Superintendencia Bancaria al aplicar el marco legal incurrió en ilegal proceder.

LA APELACION

La apoderada judicial de la actora al apelar la sentencia expone con relación a los cargos:

1. De la cotización a Terpel de Antioquia de una tasa de seguro de incendio sin la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria.

Que la Carta SO-DT 2394 no constituye una oferta de seguros, sino que simplemente es una carta afirmativa sobre el hecho de estar tramitando una

SECCION CUARTA

nueva tarifa para aprobación, ante la Superintendencia Bancaria, con miras a que en un futuro pudiera ser la que rigiera el contrato y que el amparo que se ofreció en el párrafo final, se contrataba “en las condiciones y pactadas” que no eran otras que aquellas que venían operando.

2. Con relación al cargo de extender el amparo provisional de accidentes personales para funcionarios de la Rama Jurisdiccional, sin contar con la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria.

Que como expresó en la demanda, la Compañía comunicó a la Secretaría General de la Presidencia de la República, las bases sobre las cuales concedería el amparo provisional, en virtud de seguros de vida y accidentes a los Magistrados y Jueces de la República, atendiendo al llamado de urgencia evidente, manifestado por los altos funcionarios del Estado.

Que las tasas presentadas al Secretario General de la Presidencia fueron sometidas a la aprobación de la Superintendencia Bancaria con Oficio 0022742 del 17 de febrero de 1987, la que a su vez con Oficio DSyC 140811439 de marzo 16 de 1987, pidió complementar la solicitud presentada, y que como consta en el Oficio 001849 de febrero 4 de 1987, la propuesta de La Previsora a la Presidencia de la República, fue condicionada a las coberturas que se tramitarán según lo establecido para la correspondiente póliza, porque la Compañía nunca pretendió desconocer la obligatoriedad de obtener la aprobación de la póliza por parte de la Superintendencia Bancaria y que lo único que hizo con su actuación, fue responder en la forma más rápida y eficiente a los requerimientos del Gobierno Nacional.

Que aún si se considera que La Previsora desconoció el artículo 20 de la Ley 105 de 1927, debe tenerse en cuenta la finalidad de la norma, que es principalmente la de evitar la guerra de tarifas y la posible competencia desleal entre Compañías de Seguros. Y que el seguro para la Rama Jurisdiccional no es comercial sino un amparo orientado por una finalidad de seguridad social, con estructura de servicio público, no privado, que no podía atender otra compañía diferente.

Alega además que el Decreto-ley 774 de 1987 tiene categoría de ley e igual jerarquía normativa dentro de la pirámide de nuestro sistema jurídico que el artículo 20 de la Ley 105 de 1927, y que en consecuencia La Previsora estaba obligada a cumplir sus disposiciones.

3. Con relación al exceso de inversión en la cuenta del Banco Ganadero en el exterior, afirma que la Superintendencia Bancaria ha debido indicarle a

La Previsora, que debía hacer los traslados de la cuenta corriente del Banco Ganadero Panamá a otras cuentas, y no proceder a sancionarla sin darle oportunidad de solucionar el problema conforme a las autorizaciones solicitadas en varias ocasiones a la entidad vigilante.

Insiste en la violación de las normas invocadas en la demanda, y solicita se anulen los actos acusados y se ordene la devolución de la suma cancelada por concepto de la multa impuesta.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada judicial de la demandada, al alegar de conclusión, solicita confirmación de la sentencia apelada argumentando que la sociedad apelante sí infringió tanto el artículo 20 de la Ley 105 de 1927 al ofrecer ventajas - condiciones no incluidas en las pólizas-, y expedir pólizas sin aprobación de la Superintendencia Bancaria, como el artículo 2º del Decreto 1691 de 1960, al mantener en una cuenta del exterior, inversiones que excedían el límite fijado por la norma.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante la jurisdicción no intervino en el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tres son los hechos que la Superintendencia Bancaria endilgó a la actora con el fin de proceder a sancionarla y que ésta al apelar insiste en no haberlos cometido:

1. Ofrecimiento a Terpel de Antioquia de un seguro con ventajas y condiciones no incluidas dentro de la póliza previamente aprobada por el organismo de control.

A folios 36 a 38 del expediente se encuentra un ejemplar de la Carta SODT-2394 de diciembre 30 de 1983 dirigida a la Planta Terminal de Distribución de Productos del Petróleo S. A., mediante el cual La Previsora S. A., Compañía de Seguros, dice:

“A continuación nos permitimos detallar los valores de la Póliza de Incendio que actualmente se halla en trámite de aprobación de la Superintendencia Bancaria...”.

“Valor asegurado \$431.000.000

Tasa 2:50%.

SECCION CUARTA

Vigencia octubre 1º de 1986 a septiembre 30 de 1987.

Prima	\$1.077.500
Impoventas	161.625
Total	\$1.239.125...”.

“...No obstante que aún no hemos recibido la respectiva aprobación, les manifestamos que se encuentran amparadas en las condiciones ya pactadas”.

Este oficio a juicio de la Sala constituye un ofrecimiento a la destinataria, de un seguro contra incendio que contiene una liquidación de la prima sobre el valor del riesgo asegurado a una tasa del 2.5%, más la liquidación del impuesto sobre las ventas y el valor deducible, en caso de producirse el siniestro. Tasa ofrecida que no se encontraba aún aprobada por la Superintendencia Bancaria, ya que tal legalización solo se autorizó el 13 de marzo de 1987 mediante el oficio DSyC 1518-10922, según lo indica la Superintendencia en el mismo oficio DSyC 3544 numerales 5º y 6º (fls. 38 y 39), para riesgos clasificados como aceites minerales livianos.

El hecho de anunciar, comunicar u ofrecer un seguro en condiciones no aprobadas previamente por la Superintendencia Bancaria, entre ellas las tarifas, ciertamente constituye transgresión del artículo 20 de la Ley 105 de 1927 que dispone:

“Prohíbese a las Compañías de Seguros que directamente o por medio de agentes, publicaciones o verbalmente, ofrezcan al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas. Las pólizas contendrán todas las condiciones del contrato que deben conformarse con las disposiciones legales y los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria”.

No puede admitirse como excusa el hecho de que la carta enviada, sea irrelevante desde el punto de vista de la contratación del seguro, porque el artículo transcrito no precisa ni exige que la oferta, el anuncio o comunicación tenga o no efectos en su colocación.

2. Otorgamiento de amparo provisional de accidentes personales para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, sin contar con la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria.

Sin desconocer la importancia del amparo, observa la Sala que también en esta oportunidad la sociedad demandante incurrió en la violación del

artículo 20 de la Ley 105 de 1927, transcrito, porque al comunicar al Secretario General de la Presidencia de la República, mediante el oficio DSP 0144-87 de marzo 3 de 1987 (folio 51) que se había concedido el amparo provisional, bajo los seguros mencionados (vida y accidente) a los Magistrados y Jueces de la República, señalando la vigencia del amparo, la cobertura del riesgo y valores, lo hizo sobre el estudio previo de coberturas y costos, señalados en el Oficio 01849 del 4 de febrero de 1987 (folio 46) con una tasa especial y condiciones no aprobadas aún por la ley ni por la Superintendencia Bancaria. Pues de una parte, tal como allí se anuncia: “Debe surtir los trámites previstos por la Superintendencia Bancaria para obtener su aprobación definitiva” y por otra, el Decreto 774, mediante el cual se establecieron las coberturas y forma de calcular el valor asegurado de cada uno de ellos, para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, solo fue expedido el 29 de abril de 1987. Razón por la cual La Previsora solicitó a la Superintendencia Bancaria la aprobación del anexo a la póliza para adecuarlo al decreto, y ante la no viabilidad del anexo procedió a elaborar una póliza específica.

No hay duda entonces, que expedido el amparo provisional sobre la póliza cuyas condiciones no fueron aprobadas previamente por la autoridad competente, sí transgredió la sancionada, el artículo 20 de la Ley 105 de 1927.

3. Exceso de inversión en cuenta corriente del exterior.

Con relación a este cargo, observa la Sala que en ningún momento la demandante ha negado que haya incurrido en tal exceso, sino que, pretendió justificar el hecho para exonerarse de responsabilidad, argumentando las sucesivas peticiones a la Superintendencia Bancaria de una autorización bien para constituir un depósito por dicha suma, su inversión en títulos canjeables por certificados de cambio, o mantener las divisas recibidas en cuenta corriente en el extranjero.

A juicio de la Sala ni las sucesivas peticiones a la Superintendencia Bancaria, ni la afirmación de necesidad de protección de bienes del Estado, (hecho no probado en el proceso) exoneran de responsabilidad a la actora toda vez que recibido de Ecopetrol el pago de una prima, fue su voluntad depositaria en una cuenta del exterior y mantenerla en ella desde el mes de enero de 1986 hasta el 10 de agosto de 1987, fecha en que efectuó la apertura de cuenta en el Banco Internacional de Colombia trasladando de aquella, la suma de US\$890.000.00, de tal manera que el saldo en bancos del exterior, correspondiente al primer trimestre de este año, superó el límite del 10% sobre capital pagado, reservas patrimonial y técnica, exigido por el artículo 14 numeral 2 del Decreto 1691 de 1960.

SECCION CUARTA

Entonces, infringidos por la sociedad actora los artículos 20 de la Ley 105 de 1927 y 14 numeral 2º del Decreto 1691 de 1960 y oídas las explicaciones pertinentes, era obligación del Superintendente Bancario imponer la sanción pecuniaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 vigente entonces, sin que pudiera abstenerse de aplicar la ley en consideración a la naturaleza jurídica del infractor, sus intenciones o motivos, para permitir que las instituciones sometidas a su control procedan contra legem, por considerarlo conveniente a sus intereses económicos. Además la vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre las entidades sujetas a su control se ejerce en razón de la actividad que éstas desarrollan, con miras a mantener y proteger la confianza del público en el sistema financiero y de seguros y no en relación con la calidad pública o privada de los entes que las desarrolla, pues unas y otras, deben cumplir absolutamente por igual las previsiones de orden legal que las regulan.

Por último, no encuentra la Sala que la entidad demandada haya procedido con falsa motivación, ni la actora expuso ni probó cuál fue el motivo diferente al mantenimiento del orden jurídico, perseguido por la entidad vigilante al aplicar la ley.

No existe a juicio de la Sala, mérito para revocar la sentencia y por consiguiente ésta habrá de confirmarse.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 6 de julio de 1992 en el proceso 523.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Guillermo Chahín Lizzcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

INGRESO - Realización / GASTO - Realización / CONTABILIDAD POR CAUSACION / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Para efectos fiscales la realización de los ingresos se encuentra claramente determinada en la legislación tributaria, concretamente en el artículo 16 del Decreto 2053 d 1974 y tratándose de contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad por el sistema de causación, la realización de los ingresos corresponde al momento en que nace el derecho de exigir su pago, aunque éste no se haya hecho efectivo, es decir, que la realización de los ingresos dentro de dicho sistema contable, no depende del cobro ni del pago sino del nacimiento del derecho a exigir el pago. En la misma forma dentro del mismo sistema contable los gastos a contrario sensu, se causan cuando nace la obligación de efectuar el pago, aunque no se haya hecho efectivo el mismo, lo que significa que cuando para un contribuyente nace el derecho a efectuar un pago, simultáneamente para el beneficiario nace el derecho a exigirlo. (Ejercicio fiscal de 1983).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número 3720.

Actor: Cahn-Speyer Paret y Compañía.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, la sociedad "Cahn-Speyer Paret y Compañía, NIT 60.030.139, contra la sentencia de fecha abril 22 de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la citada sociedad contra la operación administrativa que le

SECCION CUARTA

determinó el impuesto de renta correspondiente a la anualidad tributaria de 1983.

ANTECEDENTES:

Por el año gravable de 1983, la sociedad actora presentó su declaración de renta y complementarios, el día 25 de abril de 1984, Radicación 0095 13-DIN497, ante la Administración de Impuestos de Bogotá, fijando privadamente sus impuestos en la suma de \$31.895.00.

Con base en las facultades consagradas por el artículo 30 de la Ley 52 de 1977, la Administración de Impuestos profirió el requerimiento ordinario número 1136 de fecha 9 de agosto de 1985, con el objeto de que se presentaran explicaciones y pruebas acerca del ajuste de cesantías de la socia Ira Paret, y sobre la diferencia resultante entre los ingresos declarados por concepto de honorarios y los valores certificados por los clientes.

Con fecha 2 de septiembre de 1985, la sociedad respondió presentando pruebas y explicaciones tendientes a demostrar lo solicitado en aquel, pero, al no ser estas suficientes, se produjo el requerimiento especial número 137 del 26 de febrero de 1986, en donde se propuso: 1) adición a los ingresos declarados de la suma de \$ 1.766.000.00 por concepto de honorarios omitidos; 2) desconocimiento de la deducción propuesta por concepto de cesantías en cuantía de \$ 3.267.145, causadas a favor del socio Ira Paret; 3) limitación de la retención en la fuente al valor certificado, y 4) sanción por inexactitud.

En escrito de fecha 26 de mayo de 1986, la sociedad presentó los correspondientes descargos, y con base en ellos se profirió la Liquidación de revisión número 00559 del 24 de julio de 1986, determinando los impuestos en la suma de \$904.786.00.

Contra la actuación anterior, la sociedad presentó recurso de reconsideración ante la División de Recursos Tributarios, el cual fue resuelto en Resolución número 000140 del 15 de junio de 1987, en donde finalmente se mantuvo la adición de ingresos por conceptos de honorarios en la suma de \$1.050.000.00 y el desconocimiento de la deducción por cesantías.

Inconforme con el proceder anterior, la sociedad acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en demanda que presentó el día 6 de noviembre de 1987, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusando los actos administrativos anteriormente señalados, de violar los artículos 16, 44,

50, 55 del Decreto 2053 de 1974, 2º numeral 3º, 16 del Decreto 3410 de 1983, 9º y 11 de la Ley 145 de 1960, 98 de la Ley 9ª de 1983, 6º del Decreto 400 de 1975.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparándose íntegramente en el concepto de su colaborador fiscal, acogió parcialmente las súplicas de la demanda, aceptando la suma de \$240.000.00 por concepto de honorarios supuestamente omitidos por la actora, confirmando en lo demás el proceder administrativo, aduciendo que no se aportaron los elementos probatorios requeridos para desvirtuarlo, como el contrato de trabajo con el socio Ira Paret, que permitiera determinar la viabilidad de la deducción por cesantía ya que el simple cumplimiento de los requisitos formales y las precarias afirmaciones del Certificado de Contador, no son suficientes para demostrar la justificación del gasto.

LA APELACION:

El apoderado de la sociedad actora concreta su inconformidad con la sentencia del Tribunal, en cuanto que no se aceptó lo relacionado con la adición de ingresos por concepto de honorarios recibidos de la sociedad Seguros La Andina S.A. y mantuvo el rechazo de la deducción por pago de cesantías en cuantía de \$3.267.145.

En lo fundamental, argumenta que los honorarios recibidos por su representada de la sociedad Seguros Andina S. A., no constitúan para ella ingresos en el año gravable de 1983, sino en el año de 1984, porque el contrato que los originó sólo se ejecutó y culminó en el año de 1984, hecho que en su opinión está probado en el proceso con las correspondientes facturas de cobro todas de fecha 1984, y la certificación de contador público.

Y, en cuanto a la deducción por cesantías reitera los cargos propuestos en la demanda inicial y destaca el hecho de que la Administración exigió requisitos que no contempla la ley para la viabilidad de la deducción por cesantías.

En consecuencia pide a la Corporación, se niegue la adición de ingresos por \$ 810.000.00, correspondientes a los honorarios recibidos de la sociedad Seguros Andina S.A. y se acepte la deducción por pago de cesantías en cuantía de \$3.267.145.00.

LA PARTE OPOSITORA

La entidad demandada a través de su representante judicial, se opone a las pretensiones del apelante y manifiesta con fundamento en el artículo 16 del

SECCION CUARTA

Decreto 2053 de 1974, que tanto la sociedad actora como la sociedad que efectuó el pago, llevan su contabilidad por el sistema de causación, debiéndose realizar el ingreso en el momento de su causación, que ocurrió en el año de 1983, de acuerdo con las constancias que aparecen en el proceso a folios 29 y 160 del cuaderno de antecedentes administrativos, y que el certificado de contador no puede tenerse en cuenta por ser contrario a lo demostrado en la contabilidad de la sociedad que realizó el pago, máxime cuando no existe contrato escrito en donde se pueda verificar el término de duración del mismo, siendo así procedente mantener la adición.

Agrega, que igualmente debe mantenerse el proceder de su representada en lo que a la deducción por cesantías se refiere, porque no existe en el expediente prueba que permita determinar la viabilidad de la deducción, de acuerdo con las exigencias de los artículos 44 y 45 del Decreto 2053 de 1974 de necesidad y proporcionalidad, ya que el certificado de contador no discrimina ningún concepto, que se debió aportar v.gr. certificado de ingresos o retenciones, o cualquier otro medio probatorio con el que efectivamente se demostrara y justificara la deducción solicitada.

Por lo anterior, pide a la Corporación confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia se contrae entonces, a los siguientes puntos: 1) Adición de ingresos en cuantía de \$810.000.00, recibidos de la sociedad Seguros La Andina S. A. y 2) Rechazo de la deducción por concepto de cesantías pagadas por valor de \$ 3.267.145.00.

1. Adición de los ingresos:

La Administración adicionó a la renta declarada por la sociedad actora, ingresos por concepto de honorarios, en la suma de \$1.766.000.00 diferencia establecida entre lo declarado por tal concepto y el valor certificado por las entidades que realizaron los pagos a la actora; de esta partida, se aceptó en la resolución que decidió el recurso gubernativo, la suma de \$716.000.00, y el Tribunal, la suma de \$240.000.00, quedando la suma de \$810.000.00, como ingresos adicionados sin desvirtuar, los cuales fueron recibidos de la sociedad Seguros La Andina S. A., rubro sobre el cual versa la *litis* en esta oportunidad procesal.

El apoderado de la sociedad actora insiste en considerar, que su representada no omitió dicha suma, porque no constituía para ella ingresos en el año de 1983, sino en el año de 1984, por cuanto el contrato que los originó

(prestación de servicios profesionales), solo se ejecutó y culminó en el año de 1984, según lo prueban las correspondientes facturas de cobro fechadas en este año, y la certificación del contador público que obra a los folios 30 y 31 marcador negro del cuaderno de antecedentes administrativos.

Observa la Sala, que al respecto es fundamental tener en cuenta que para efectos fiscales la realización de los ingresos se encuentra claramente determinada en la legislación tributaria, concretamente en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, y tratándose de contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad por el sistema de causación, como es el caso de la sociedad actora, la realización de los ingresos corresponde al momento en que nace el derecho a exigir su pago, aunque éste no se haya hecho efectivo, es decir, que la realización de los ingresos dentro de dicho sistema contable, no depende del cobro ni del pago sino del nacimiento del derecho a exigir el pago.

En la misma forma, dentro del mismo sistema contable, los gastos, a *contrario sensu*, se causan cuando nace la obligación de efectuar el pago, aunque no se haya hecho efectivo el mismo, lo que significa, que cuando para un contribuyente nace el derecho a efectuar un pago, simultáneamente, para el beneficiario del mismo nace el derecho a exigir el mismo.

De acuerdo con lo anterior, advierte la sala que la certificación contable aducida por la actora y la factura de fecha 30 de marzo de 1984, que obran a folios 30 y 31, no desvirtúan tal como se ha sostenido en el proceso, la actuación administrativa por lo siguiente:

En primer lugar, a folios 29 y 160 del cuaderno de antecedentes administrativos también aparecen las certificaciones expedidas por la sociedad que realizó el pago, Seguros La Andina S. A., en donde se hace constar *que en diciembre 31 de 1983 causamos saldo honorarios 1983 a Cahn Speyer Paret & Cía. \$810.000* (resalta la Sala).

Esta información de fecha septiembre 23 de 1986, coincide con la certificación que aportó la actora como anexo a la declaración (folio 160) y que sirvió de base a la Administración de Impuestos para efectuar la adición que se discute y de las cuales se comprueban la causación del gasto para la informante que desde luego debe coincidir con la causación del ingreso para quien lo recibe, según lo visto antes, de acuerdo con las reglas de la causación de los ingresos y los gastos, y teniendo en cuenta que la sociedad Seguros La Andina S. A., también debe llevar su contabilidad por el sistema de causación.

SECCION CUARTA

En estas condiciones, la certificación contable que la actora ha venido aduciendo a lo largo del proceso, junto con la factura de cobro de fecha 30 de marzo de 1984, resultan insuficientes para demostrar el hecho alegado, implica además, desvirtuar lo anterior, toda vez que de ellas no puede determinarse el hecho alegado, es decir, que la actividad que originó los honorarios discutidos se ejecutó en el año de 1984 y no en 1983, como se sostiene, ya que la certificación solo de manera lacónica da cuenta de la contabilización de la correspondiente factura en marzo 30 de 1984, y ésta como lo advierte la Fiscal del Tribunal, carece de los requisitos mínimos legales exigidos para su validez (artículo 1º del Decreto 1494 de 1978), amén de que la causación del no ingreso está sujeto al cobro, sino al nacimiento de la obligación, circunstancia que no se demuestra como lo pretende el actor con la certificación contable en comento. Por otra parte la sociedad no ha demostrado y pagado impuestos correspondientes a tal en 1984.

Así las cosas, para la Sala no cabe duda que las actuaciones administrativas en cuanto a este punto se refiere, no es violatoria de ninguna de las normas que se señalan como infringidas; por el contrario, se evidencia el desacato de las mismas por parte de la sociedad accionante. Por consiguiente, no prospera la pretensión del apelante al respecto.

2. Desconocimiento de la deducción por concepto de cesantías:

La inconformidad con este rechazo, la concreta el apoderado de la actora fundamentalmente, en el hecho de que la Administración le exigió requisitos no contemplados en la ley para la aceptación de esta deducción.

Observa la Sala, que en el requerimiento especial número 137 del 26 de febrero de 1986, la Administración sustentó la glosa a esta deducción así:

“Se desestimaré la deducción propuesta dentro del renglón 234 en cuantía de \$3.267.145.00 por concepto de cesantías causadas a favor del socio Ira Paret, identificado con el NIT 50.004.587, toda vez que el contribuyente en la respuesta al requerimiento ordinario no demuestra las causas del origen y procedencia del gasto como tampoco la relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad, requisitos que exige la ley para su aceptación fiscal, conforme lo establecen los artículos 44, 45 y 50 del Decreto 2053 de 1974, artículo 6º del Decreto 400 en concordancia con el artículo 30 de la Ley 20 de 1979”.

Es evidente que la Administración, desde un comienzo requirió a la sociedad para que ésta demostrara no solamente la contabilización de las cesantías pagadas al socio Ira Paret, sino además las razones del mayúsculo

incremento de las mismas, aspecto que cobra relevancia, si se tiene en cuenta, que el beneficiario de dichas cesantías, es socio de la sociedad actora, y de conformidad con el artículo 30 de la Ley 20 de 1979, norma a la que hace referencia el requerimiento, “se presume que constituye reparto de utilidades los pagos que efectúen las sociedades limitadas y asimiladas a sus socios...” y si bien se acepta el pago de salarios y prestaciones sociales entre vinculados, los mismos *deben ajustarse a los límites legales establecidos* (artículo 49 del Decreto 2053 de 1974) (resalta la Sala).

La sociedad, con la respuesta al requerimiento en mención y en el recurso de reconsideración y en forma vaga, se limitó a manifestar que en el año de 1982 se le hizo un aumento salarial al señor Ira Paret, en virtud del cual su sueldo ascendió de \$20.000.00 a \$271.500.00, y consecuentemente su cesantía alcanzó la suma de \$3.264.000.00, explicación que reitera el contador así: “que en el año de 1982 se le hizo un aumento salarial al señor Ira Paret por virtud del cual su salario ascendió a la suma de \$271.500.00”, y de acuerdo con liquidación que al efecto se realiza.

Lo anterior no lo aceptó la Administración considerando en el memorando explicativo de la liquidación que el certificado del contador público no hace mención al gasto, y en cuanto a la explicación y liquidación de la cesantía tampoco se aportó prueba alguna; y en la resolución del recurso se echó de menos el contrato de trabajo.

Para la Sala, el proceder de la Administración de Impuestos realmente se ajusta a las disposiciones legales en que fundamentó la actuación administrativa acusada, y no se observa, como se sostiene en la apelación, la exigencia de requisitos no contemplados en ellas; todo lo contrario, se advierte que es el actor quien no tiene en cuenta todas las normas que regulan la procedencia de la deducción cuestionada, como lo es el artículo 30 de la Ley 20 de 1979, armónico con el artículo 49 y 2º del Decreto 2124 de 1983, artículo 2º de las cuales se deriva la proporcionalidad y limitación que consideró la Administración debía demostrarse.

En efecto, tal circunstancia no puede establecerse de las explicaciones y pruebas aportadas al proceso, pues ella adolece de las informaciones necesarias que permitan establecer el valor deducido y que liquida la actora en el memorial de la respuesta al requerimiento especial, pues no hay prueba sobre la fecha de la vinculación laboral, y si se observa que el saldo del anterior es la suma de \$ 20.000.00, resulta obviamente desproporcionada la cuantía solicitada, máxime cuando tal concepto está limitado en los términos del artículo 30 de la Ley 20 de 1979, que para el año gravable de 1983 solo

SECCION CUARTA

permitirá deducir por tales conceptos las sumas de \$ 85.000.00, para los cargos diferentes al gerente (Dec. 2124 de 1983, art. 2º).

En estas condiciones, y como la sociedad no aportó pruebas diferentes a las comentadas, que permitan determinar de manera clara y fehaciente que el valor solicitado por cesantías causadas, es el que legalmente le correspondía, no encuentra la Sala que se configuren las violaciones legales aducidas.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de fecha 22 de abril de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SOBRANTE/ CESION DE SOBRANTES/ ACTO DE AUTORIZACION

Aún aceptando que los documentos contentivos de la petición de compensación se ajustaron a las previsiones de la orden administrativa, estos constituyen actos administrativos que en atención a su contenido, clasifican los tratadistas como actos de autorización mediante los cuales se expresa la voluntad de hacer algo, bien directamente o sujeto a una condición. Es claro que para hacer efectiva la autorización de ceder un sobrante de impuestos se requiere la existencia de dicho sobrante, puesto que mal puede cederse lo que no se tiene, y ninguno de los documentos presentados es idóneo para probar la realidad de los saldos a favor de las entidades cedentes y menos para desvirtuar los resultados de las investigaciones adelantadas por la Administración, donde se estableció que aquellos eran inexistentes.

SENTENCIA INHIBITORIA - Improcedencia/ DEMANDA - Requisitos / ACTO DEMANDABLE

No era procedente el fallo inhibitorio que profirió el Tribunal, ya que para efectos de establecer cuáles son los actos que deben ser objeto de impugnación y por ende adjuntarse a la demanda, es preciso distinguir entre las presentadas antes del 7 de octubre de 1989 y las presentadas después de esa fecha que corresponde a la expedición del Decreto 2304 de 1989 que modificó el artículo 138 del C. C. A. De acuerdo con esta última norma lo obligatorio era demandar el acto confirmatorio y lo potestativo los "actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados" esto es, el acto inicial, y en este caso el acto confirmatorio se integró a los actos de trámite o a los que fueron modificados para ratificarlos o precisarlos.

SECCION CUARTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.a: Expediente número 4222.

Actora: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., Confianza.

Impuestos: Renta - Ventas - Cesión sobrantes. Fallo:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "Confianza" contra la sentencia del 16 de marzo de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que negaron la cesión de sobrantes para el pago del Impuesto de Renta 1984 y 1985, y Ventas por el 3º bimestre 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Explica la demanda y dan cuenta los distintos documentos que obran dentro del proceso en síntesis, que:

1º La sociedad recurrente, previos trámites y requisitos exigidos para la cesión o traslado de sobrantes, solicitó a la Administración Tributaria el traslado de parte de los derechos-créditos fiscales que le cedieron las sociedades: Convex Ltda. y B. Lugard y Calle Ltda., para pagar por compensación sus impuestos de renta, años 1984 y 1985, y ventas 3º bimestre 1985.

2º No obstante haber observado el procedimiento indicado en la Orden Administrativa número 01 del 12 de marzo de 1985, satisfechos los requisitos exigidos para el efecto y haber sido autorizada la cesión con la firma y sello del Jefe de Cuentas Corrientes, refrendada por el Revisor Fiscal de la Contraloría General de la República, la Oficina de Impuestos injustificadamente revocó las operaciones efectuadas; "desacreditó" la cuenta corriente de los impuestos y comunicó los saldos pendientes para que efectuara los pagos de inmediato, so pena de la posibilidad de iniciar un cobro coactivo.

3º En memorial del 23 de julio de 1986, dirigido a la División de Recaudo de la misma Administración y con exhibición de las pruebas pertinentes, la empresa exigió el abono en la cuenta corriente de los traslados en cita y con base en los mismos, el pago de las sumas debidas por impuestos: sobre la renta años 1984 y 1985 y sobre las ventas correspondiente al 3º bimestre 1985.

4º. Por Resolución 063 del 5 de agosto de 1986, la División de Recaudo de la misma Administración negó la petición anterior, decisión que posteriormente fue confirmada por Resolución 042 del 2 de diciembre de 1988.

Estimó la dependencia oficial improcedente la solicitud formulada al respecto porque encontró demostrado y probado en la investigación adelantada por la Sección de Visitaduría que, las sociedades supuestamente cedentes; no tenían saldos a su favor susceptibles de darse en compensación.

5º. Finalmente y para concluir con los hechos en que se fundamenta la demanda, informa que la "Administración por medio de Mandamiento de Pago del 10 de octubre de 1986 conminó a la sociedad para el pago de los impuestos cancelados por medio de las aplicaciones de sobrantes aludidos, lo que, dada su cuantía, obligó a la compañía a proponer un acuerdo de pago, que fue concedido por medio de la Resolución 1945 del 9 de diciembre de 1986 que incluyó los impuestos de renta por los períodos de 1984 y 1985 por cuantía de \$11.838.737, y los impuestos sobre las ventas del VI bimestre 1984, I y III bimestre de 1985, en cuantía de \$45.956.341, que fue cumplido en su totalidad, tal como lo acreditan los recibos de pago que se acompañan con la demanda".

Como restablecimiento del derecho solicita:

1º "La declaración de la nulidad de la operación administrativa por medio de la cual se produjo una revocatoria directa contraria al ordenamiento legal, desconociendo el derecho del abono en cuenta, la orden de traslado y la compensación para el pago de los impuestos de ventas del 3º bimestre de 1984 y renta y complementarios de los años 1984 y 1985, de acuerdo con los hechos y acusaciones relatadas..."

2º "Como consecuencia de lo anterior, restablecer el derecho de la sociedad contribuyente ordenando:

- a) El abono en cuenta de los excedentes de impuestos válidamente adquiridos en desarrollo de las formas administrativas determinadas por las autoridades fiscales;
- b) El traslado para el pago por compensación de los impuestos indicados;
- c) Declarar que la administración es responsable de los perjuicios generados a la contribuyente por razón de su actuación ilegal y consecencialmente;

SECCION CUARTA

d) Ordenar la devolución de las sumas indebidamente pagadas atendiendo el acuerdo de pago a que se vio forzada la sociedad contribuyente, por razón del ilegal desconocimiento efectuado por la Administración;

e) Y condenarla a pagarle a título de indemnización, el daño emergente y el lucro cesante sobre las sumas indebidamente exigidas y pagadas, tomando como base la corrección monetaria o el índice de devaluación del dinero, más los intereses moratorios correspondientes, lo anterior sin perjuicio del reconocimiento de intereses comerciales y corrientes a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos del último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”.

Argumenta que con la actuación anteriormente descrita la dependencia oficial violó, entre otras, las siguientes disposiciones:

- Artículo 30 de la Constitución Nacional;
- Artículos 1694 y 1714 del Código Civil;
- Artículos 106 y 107 del Decreto 1651 de 1961;
- Artículos 251, 252 y 264 del Código de Procedimiento Civil;
- Artículo 79 del Código Contencioso Administrativo;
- Artículo 16 de la Constitución Nacional;
- Artículo 8º de la Ley 153 de 1887, y
- Artículos 2º y 3º del Decreto 01 de 1984.

Explica y fundamenta la violación de cada una de las normas en cita.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 16 de marzo del año en curso, se declaró inhibido para un pronunciamiento de mérito. Estimó el *a quo* que el Oficio número DR-1055 de fecha 11 de diciembre de 1985, que comunicó inicialmente al Gerente de la sociedad reclamante, la decisión desfavorable en torno a su solicitud de compensación de créditos, forma parte de la operación administrativa enjuiciada junto con las resoluciones que la confirmaron, y siendo así, en los términos del artículo 137 numeral 2º del C. C. A. la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho debió hacerse extensiva a dicho acto y por no haberlo sido, considera razón suficiente para producir fallo inhibitorio.

DE LA APELACION

El apoderado de la sociedad apela de la sentencia. Pide se revoque y que en su lugar se produzca un pronunciamiento de fondo.

La crítica porque carece de fundamento jurídico y entiende en síntesis que con la decisión se transgreden las disposiciones contenidas en los artículos 170 del C. C. A. y 174 del Código de Procedimiento Civil en la medida en que no se fundó en los hechos y pruebas que obran en el expediente. Así mismo, desconoce los mandatos del Código Civil de acuerdo con los cuales las leyes rigen únicamente hacia el futuro y viola el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, por cuanto la motivación que dio lugar al fallo inhibitorio reclama de la demanda presentada el cumplimiento de formalidades procesales establecidas con posterioridad a su presentación.

Considera que el Oficio número DR-1055 de diciembre 11 de 1985 es “un simple acto de trámite que no podía ser, como no fue objeto de ningún recurso”. Que formó parte de una serie de comunicaciones, tanto escritas como verbales que se trabaron entre la contribuyente y la administración a raíz del asunto y tan fue así que la misma Oficina de Impuestos no lo notificó y encontró viable expedir las Resoluciones números 63 del 5 de agosto de 1986 y 042 de diciembre de 1988, con base en la petición librada en julio de 1986.

Y aún entendiendo en gracia de discusión, dice, que aquél fuera un acto administrativo definitivo, resultaba irrelevante el hecho de relacionar o no un acto “modificado o confirmado en la vía gubernativa”, en los términos del artículo 138 del C. C. A. vigente el 28 de abril de 1989 cuando se interpuso la demanda, que fue anterior a la expedición del Decreto 2304 de 1989.

Igualmente se muestra en desacuerdo con el concepto de la colaboradora fiscal, plasmado en la sentencia, porque en síntesis, lo que él pidió como petición principal fue la nulidad de la operación administrativa y como restablecimiento del derecho devolver el dinero pagado tanto por capital e intereses, ajustado su valor como lo ordena el artículo 178 del C. C. A. y con el reconocimiento de intereses en la forma prevista por el artículo 177 *ibidem*.

Además de que no es cierto que la acción de reparación directa sea la única que admita la fórmula reparativa de un daño injustificado causado por la administración, como quiera en el texto del artículo 85 del C. C. A. vigente para la época en que radicó la demanda, en su segundo inciso otorgaba la misma acción a quien pretendiera “la devolución de lo que pagó indebidamente”.

SECCION CUARTA

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante esta Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez solicita revocar la sentencia recurrida y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

Estima el Ministerio Público que, como en el expediente no obra el oficio DR-1055 de 1985, ni la misma Administración conserva copia, según lo expresa ésta en comunicado de fecha 2 de agosto de 1991 (folio 98, C. P.), no se puede precisar si era o no obligatoria su impugnación. En tal circunstancia, dice, debe presumirse entonces que el acto principal es la Resolución 063 del 5 de agosto de 1986, confirmada por la Resolución 042 de diciembre 2 de 1988, providencias que fueron impugnadas ambas ante la jurisdicción, por lo que concluye la demanda se ajusta a las prevenciones del artículo 138 del C. C. A.

En cuanto a las cuestiones que se debaten en el libelo, no encuentra que los artículos 1694 y 1714 del C. C. tengan que ver con la materia que se discute, ni que los artículos 106 y 107 del Decreto 1651 de 1961, ni que el artículo 16 de la C. N., 8º de la Ley 153 de 1887 y 2º y 3º del Decreto 01 de 1984, se opongan a las consideraciones que expuso la administración para no acceder a la pretensión de la sociedad.

Por otra parte afirma que, como en los formularios oficiales a que hace alusión la demanda los interesados se limitan a solicitar la aplicación de determinados sobrantes y estas solicitudes y los trámites a que están sometidas, no confieren derecho alguno, pero aunque los confirieran y posteriormente la administración se negara a reconocerlos, tal circunstancia no significa violación de los artículos 251, 252 y 264 del Código de Procedimiento Civil.

La Administración de Impuestos se opone al recurso de apelación y solicita se confirme el fallo inhibitorio, desechando así las pretensiones del apelante, o en subsidio emitir fallo de fondo y confirmar la actuación administrativa.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Corresponde analizar en primer lugar la decisión inhibitoria del Tribunal, por incumplimiento del numeral 2º del artículo 137 del C. C. A. y en su defecto, las pretensiones de la demanda.

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

La Sala está de acuerdo con el Ministerio Público en el sentido de que no era procedente el fallo inhibitorio que profirió el Tribunal.

Para efectos de establecer cuáles son los actos que deben ser objeto de impugnación y por ende adjuntarse con la demanda, es preciso distinguir entre las presentadas antes del 7 de octubre de 1989 (como es la que se estudia) y las presentadas después de esa fecha que corresponde a la expedición del Decreto 2304 de 1989 que modificó el artículo 138 del C. C. A. Esta última norma, antes de la mencionada modificación disponía que: “Cuando se demanda la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa”.

Lo que significa que lo obligatorio era demandar el acto confirmatorio y lo potestativo los “actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados” ésto es, el acto inicial.

En el caso que se debate, el acto acusado estuvo bien individualizado como quiera que el actor impugnó tanto la Resolución 063 del 5 de agosto de 1986, como la Resolución 0042 del 2 de diciembre de 1988. En la segunda, la División Jurídica de la Administración de Impuestos, Grandes Contribuyentes de Bogotá, *confirmó en todas sus partes la primera, vale decir, la providencia número 063 proferida por la División de Recaudo de la misma administración*, la cual a su vez incluyó en su parte resolutive, no sólo la negativa de la petición formulada por la reclamante, en su oficio de fecha julio 23 de 1986, sino también la confirmación en todas y cada una de sus partes, de la decisión expedida *en el Oficio número DR-1055 de diciembre 11 de 1985*.

El acto confirmatorio pues se integró a los actos de trámite o a los que fueron modificados para ratificarlos o precisarlos y además para servir de prueba de que se cumplió con el presupuesto previsto en el artículo 135 del C. C. A. esto es, el agotamiento de la vía gubernativa; de donde se infiere que no era procedente la inhibición por omisión del citado oficio 1055 de 1985, que por lo demás, su copia no reposa ni siquiera en la administración que lo profirió, según hace constar aquélla en el Oficio 164 de agosto 2 de 1991 (folio 98).

Así las cosas y no obstante que la Sala observa que dentro del petitum de la acción de restablecimiento del derecho, la actora antitécnicamente también incluyó la de “reparación directa”, cuando concretamente solicitó:

“c) Declarar que la administración es responsable de los perjuicios generados a la contribuyente por razón de su actuación ilegal y consecuencialmente;

SECCION CUARTA

“e) Condenarla a pagarle a título de indemnización, el daño emergente y el lucro cesante sobre las sumas indebidamente exigidas y pagadas tomando como...”.

Peticiones que fundamentó en el cuerpo de la demanda con respaldo de sentencias expedidas por la Sección III de esta Corporación, y que por ser de naturaleza diferente no podían involucrarse en el mismo acto demandatorio, como quiera que la pretensión principal era la anulación de los actos y el restablecimiento del derecho pretendido radicaba en la aceptación de los traslados solicitados.

No obstante esa falla de tipo procesal no daba fundamento a la inhibición que por lo demás, no fue la que motivó al Tribunal.

En tales eventos la Sala, ha estimado procedente considerar las pretensiones procedentes según la acción entablada desechando las improcedentes para lo cual reitera lo expuesto en la sentencia de julio de 1977 en la que fue ponente el Consejero doctor Carlos Aníbal Restrepo (recogida en el Auto 558 de abril 21 de 1989, en el Expediente 0483, C. P.: Doctor Guillermo Chahín Lizcano) en la cual dijo la Corporación:

“...Pero aunque la doctrina tradicional afirma que en los casos de indebida acumulación de acciones la decisión debe ser inhibitoria total por ineptitud sustantiva de la demanda, la concepción moderna, que es la tesis mayoritaria del Consejo de Estado, se acepta que en estas hipótesis el juzgador deberá decidir de fondo la pretensión o pretensiones que estime procedentes e inhibirse en el resto. Aunque en apariencia la elección queda al arbitrio del fallador, no sucede esto en la realidad porque la escogencia no es caprichosa, ya que éste no podrá decidir de fondo sino aquellos extremos que hayan sufrido el trámite adecuado y para los cuales tenga competencia” (Anales 1977, Tomo XCIII).

Consecuentemente con lo anotado procede la Sala al estudio de las pretensiones pertinentes y al análisis de las pruebas aportadas.

II. CESION DE CREDITOS FISCALES

Para la Administración de Impuestos los documentos en los cuales se basa la sociedad para proponer los traslados y compensaciones, no contienen una manifestación concreta que pruebe la existencia de los saldos a favor que se alegan, sino que son simples autorizaciones para aplicar los que puedan existir. Y en el caso que se estudia de acuerdo a las investigaciones adelantadas por ella no resultaron ciertos tales sobrantes como quiera que las sociedades

supuestamente cedentes, esto es, "Compras y Ventas Externas - Convex Ltda." y "B. Lugard y Calle Ltda.", no tenían saldos a favor de ninguna naturaleza susceptibles de darse en compensación.

En cambio, para la Compañía recurrente los formatos que contienen la solicitud de saldos créditos, en razón de haberse cumplido con ellos el trámite legal y haber sido firmados, autorizados y refrendados por las autoridades de impuestos, constituyen verdaderos documentos públicos que se presumen auténticos, y en tal caso esta "autenticidad sólo puede ser desvirtuada probando la falsedad material de los documentos que reconocen en favor de la Compañía la existencia de los sobrantes, la autorización de los traslados y la aplicación a las deudas fiscales de la contribuyente".

Dentro de los documentos allegados al proceso no se aportó como era lo procedente, la Orden Administrativa 01 del 12 de marzo de 1985, que dice la contribuyente instruyó el diligenciamiento, crítica, con formación, envío y control de la aplicación de pagos para actualizar la "Cuenta Corriente", motivo por el cual resulta imposible confrontar, si es cierto o no que se satisficieron los requisitos supuestamente previstos en aquélla, para el trámite de la solicitud de abono de los sobrantes que supuestamente tenían las empresas "Convex Ltda." y "B. Lugard y Calle Ltda.".

Aún aceptando en gracia de discusión que las formalidades se cumplieron, que los documentos contentivos de la petición de compensación se ajustaron a las previsiones de aquella orden, éstos constituyen actos administrativos que en atención a su contenido, clasifican los tratadistas como Actos de Autorización, mediante los cuales se expresa la voluntad de hacer algo, bien directamente o sujeto a una condición o plazo. Es claro que para hacer efectiva la autorización de ceder un sobrante de impuestos se requiere la existencia de dicho sobrante, puesto que mal puede cederse lo que no se tiene. Es por ello que la Sala coincide con la apreciación oficial en tal sentido y sobre el acervo probatorio, se observa lo siguiente:

De los antecedentes administrativos que dieron origen a la actuación gubernativa los funcionarios de impuestos, remitieron únicamente:

- a) La Resolución 0042 de diciembre de 1988 (copia);
- b) Auto 100001 de septiembre 22 de 1988 (copia);
- c) Memorial del recurso de apelación contra la Resolución 063 de 1986 (original);

SECCION CUARTA

- d) Auto de noviembre 26 de 1986 (original y copia);
- e) Memorial del recurso de reposición contra la providencia que niega la compensación;
- f) Resolución 063 de agosto 5 de 1986 (fotocopia), y
- g) Certificado de la Superintendencia Bancaria (fotocopia).

Después, el Coordinador del Grupo de Archivo de la misma Administración envió algunas fotocopias autenticadas de las fotocopias que reposan en esa Oficina, sobre la aplicación de sobrantes, a saber: las solicitudes números 5544, 5543 y 5524 de traslado de sobrantes del impuesto de renta año gravable 1980 de la sociedad reclamante para aplicar a impuestos de renta debidos por 1984 y 1985 e impuesto de ventas tercer bimestre de 1985 (folios 105 a 107 C. P.) e igualmente las fotocopias de las solicitudes números 5534, 5515, 0374 y 1461, en donde las sociedades: Lugard y Calle Ltda. y Ventas Externas S. A. - Convex Ltda. piden el traslado de sus sobrantes, la primera del impuesto de renta y complementarios 1980 y la segunda, del impuesto sobre las ventas, sexto bimestre 1984 y primer bimestre 1985, para que se abonen a la deuda fiscal de la sociedad reclamante.

Ninguno de estos documentos puede considerarse idóneo para probar la realidad de los saldos a favor de las entidades cedentes y menos aún para desvirtuar los resultados de las investigaciones adelantadas por la Sección de Visitaduría de la misma Administración de Impuestos, en donde por el contrario, se estableció que aquéllos eran inexistentes, según se hace constar en las mismas providencias impugnadas ante la jurisdicción por las razones allí expuestas y no refutadas.

Tampoco se encuentra demostrado dentro del expediente que aquellos saldos créditos se hubieran efectivamente imputado en algún momento a la cuenta corriente de la sociedad cesionaria.

En los términos de los artículos 106 y 107 del Decreto 1651 de 1961, estatuto de procedimiento aplicable para el caso que es materia de controversia, la fecha de pago de un impuesto es aquella en que los valores imputables ingresan efectivamente a las arcas oficiales o a los bancos autorizados para el efecto. Aún en el caso de que se reciban inicialmente como simples depósitos, buenas cuentas, retenciones en la fuente o que resulten como saldos a favor por cualquier concepto; y las imputaciones que se hubieran hecho a un determinado período gravable; tenían carácter provisional.

Los “Estados de Cuenta” o en su defecto los Certificados de Paz y Salvo, expedidos en julio, agosto y diciembre de 1985, a que alude la demandante y cuya existencia no se encuentra probada dentro del expediente, no significa que las imputaciones se hubieran efectuado realmente, puesto que tales certificados, de acuerdo con el artículo 121 del citado estatuto, no liberan el pago de las deudas a cargo en la fecha de expedición y sólo por excepción y en la forma que prescribiera la División de Impuestos, tenían el carácter de finiquito.

Por lo anterior resultan improcedentes los cargos de violación de las disposiciones que el actor señala como infringidas, teniendo en cuenta además que en materia tributaria no tiene cabida la noción de derechos adquiridos prevista en el artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886, como reiteradamente también lo ha dicho la Sala, y que los artículos 1694 y 1714 del Código Civil, cuya aplicación según el artículo 3° del mismo Código Civil se refiere a las relaciones de los particulares en sus asuntos civiles sin que sea aplicable en su integridad a las relaciones de los particulares con el Estado. Tanto el establecimiento de los créditos a cargo de éste así como su cesión y una eventual compensación son figuras que se rigen por normas de derecho público a las cuales están sujetos los funcionarios y no por las del Código Civil.

La Oficina de Impuestos tampoco cuestionó la autenticidad de ningún documento público, se limitó a negar la solicitud de traslado de los presuntos créditos fiscales de terceros, por falta de haberse comprobado su existencia, lo que no implica, como afirma el Agente del Ministerio Público quebrantamiento de los artículos 251, 252 y 264 del Código de Procedimiento Civil, no siendo por ello aceptable ese cargo.

Por las razones anteriormente expuestas es procedente revocar la sentencia sometida a consideración de la Sala para negar las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho estudiadas.

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

FALLA:

1º Revócase la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de marzo de 1992, en el juicio número 6980.

2º En su lugar, *deniégase* las súplicas de la demanda.

SECCION CUARTA

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen.
Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente. Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO PREDIAL / ESTABLECIMIENTO PUBLICO / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

Cuando el Concejo Municipal de Villavicencio mediante el artículo 2º del Acuerdo 66 del citado Concejo, sujeta de manera general al impuesto predial los bienes inmuebles de propiedad de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, ejerció las facultades impositivas concedidas por el artículo 197 de la Constitución Nacional de 1886, conforme a la atribución dada por la ley, especialmente el artículo 61 de la Ley 55 de 1985, tal como fue compilado por el artículo 194 del Código de Régimen Municipal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4279.

Actora: Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Apelación de la sentencia del 11 de junio de 1992 del Tribunal Administrativo del Meta. Juicio de nulidad contra el artículo 2º del Acuerdo 66 expedido por el 20 de noviembre de 1986 por el Concejo Municipal de Villavicencio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 11 de junio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Meta denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad adelantado por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero contra el artículo 2º del Acuerdo 66 expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, Meta.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES

El Concejo Municipal de Villavicencio con invocación de sus facultades legales y en especial las conferidas por los artículos 197 de la Constitución Nacional, 169 de la Ley 14 de 1913 y Capítulos I y II de la Ley 14 de 1983, expidió el Acuerdo número 066 del 20 de noviembre de 1986 para modificar el Acuerdo 26 del 22 de septiembre de 1982 y estableció en su artículo 2º la sujeción al impuesto predial, a partir del 1º de enero de 1987, de los bienes inmuebles de propiedad de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta del orden nacional, departamental o municipal.

Consideró la demandante que al imponer dicho gravamen el Acuerdo infringió los artículos 197 de la Constitución Nacional, 169 de la Ley 4ª de 1913, 11 del Decreto Reglamentario 49 de 1932, ya que al expedir el Acuerdo el Concejo Municipal invocó de manera general e imprecisa, unas normas sin indicar expresamente cuáles facultades legales lo autorizaban para establecer tasas de impuesto predial y gravar con dicho tributo a su representada. Expone que el artículo 197 de la Constitución Nacional otorgó ocho facultades a los Concejos Municipales sin que el acto demandado señale en cuál de ellas se apoyó y que el artículo 169 de la Ley 14 de 1913 no existe, porque solo tiene tres artículos y los capítulos I, II y III de la Ley 14 de 1983 se refieren genéricamente: el I al Catastro, Generalidades del Impuesto Predial e Impuesto de Renta; el II, al Impuesto de Industria y Comercio y el III, al Impuesto de Industria y Comercio al sector financiero y lo que fácilmente configura una falsa motivación.

Pidió entonces la nulidad del acuerdo acusado previa suspensión provisional y como consecuencia la declaración tanto de la nulidad de las resoluciones o liquidaciones de impuestos prediales, complementarios y recargos que hubieren podido producirse como consecuencia del artículo 2º del acuerdo impugnado, a partir del 1º de enero de 1987, como la declaración de que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, no está obligada a pagar el impuesto predial, sus complementarios y recargos liquidados sobre los bienes inmuebles, y que en caso de haberse liquidado y pagado dichos gravámenes se ordenara la devolución.

El Tribunal Administrativo del Meta no accedió a la suspensión provisional, por lo que el apoderado judicial de la actora apeló la decisión.

Al avocar el recurso de apelación contra el acto del 19 de diciembre de 1989, la Sala por providencia del 12 de marzo de 1990 en virtud de la indebida

acumulación de pretensiones presentada por la demandante y la indebida designación de las partes y sus representantes declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 12 de diciembre de 1989, en cuya observancia el Tribunal ordenó corregir la demanda. Conducta que fue cumplida por el apoderado judicial de la actora el 13 de junio de 1990, enderezando la acción como de simple nulidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Meta mediante sentencia del 11 de junio de 1992, denegó las súplicas de la demanda al considerar que el Municipio sí ejerció su potestad tributaria de conformidad con los artículos 197 de la Constitución Nacional de 1886 (hoy 313 de la Constitución Nacional de 1991 concordado con los artículos 317 y 338 *ibidem*) y 92 del Decreto 1333 de 1986. Y que al dictar el acuerdo, el municipio, citó las facultades conferidas por el artículo 97 de la Constitución Nacional vigente entonces y los capítulos I y II de la Ley 14 de 1983.

Que si bien hubo error al citar la Ley 14 de 1913 artículo 169, tal hecho carece de relevancia porque su espíritu es exactamente idéntico al del numeral 2º del artículo 92 del Decreto 1333 de 1986, que es la reproducción del artículo 197 de la Constitución Nacional.

Que tampoco el acto acusado incurrió en violación del artículo 11 del Decreto reglamentario 049 de 1932, porque dicho artículo no estaba vigente, tal como lo había precisado el Consejo de Estado en sentencia de julio 22 de 1988.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia e insiste que el Concejo Municipal de Villavicencio no citó precisamente las disposiciones que le conferían la facultad para dictar el acuerdo acusado, como lo ordena el artículo 11 del Decreto reglamentario 49 del 14 de enero de 1932. Critica la sentencia, porque pese a reconocer el error en la cita de uno de los fundamentos legales, hace gran esfuerzo y maniobras interpretativas para consultar el espíritu o intención del Concejo, en un acto que carece de motivación.

Estima que el apoyo del Concejo en normas tan vagas y generales no le engendraba derecho alguno para imponer gravámenes. Y que si en gracia de discusión se aceptara que el Decreto 049 de 1932 no tuviera vigencia no es posible que se desestime la carencia de motivación.

SECCION CUARTA

Reafirma una vez más el derecho a la exoneración tributaria de que goza la Caja Agraria, otorgada por la Ley 57 de 1931 artículo 35, sobre la cual nada se dijo, porque de acuerdo con el artículo 10 del Código Civil la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, y por lo tanto no puede entenderse que fue derogada por una norma general.

Solicita se revoque la sentencia apelada y se acceda las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la jurisdicción, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación porque la Corporación edilicia claramente indicó que expedía el acuerdo en uso de sus facultades legales y en especial de aquellas dadas por el artículo 197 de la Constitución Nacional y lo regulado por los capítulos I y II de la Ley 14 de 1983, normas que fijaban, de una parte, las atribuciones de los Concejos, entre las cuales se cuenta justamente la de votar, de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas las contribuciones y gastos locales, y de otra parte contiene normas que regulan el impuesto predial y en especial lo relativo a las exenciones de impuestos municipales.

Que de otra parte el vicio de forma no tiene la virtualidad de producir la anulación del acto, como lo ha expresado la jurisdicción en reiterada jurisprudencia, dentro de la cual es suficiente citar la recaída en el proceso 2604, con ponencia de la doctora Consuelo Sarria, cuyos apartes transcribe.

Considera, en lo que respecta a la afirmación, de exención vigente en favor de la Caja Agraria, que es suficiente para rebatirla dar un vistazo al artículo 39 de la Ley 14 de 1983 (citada por el acuerdo) y el artículo 194 del Decreto 1333 de 1986, para llegar a conclusión distinta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar precisa la Sala que la acción invocada contra el artículo 2º del Acuerdo 66 del 20 de noviembre de 1986 del Concejo Municipal de Villavicencio es la de simple nulidad, y no la de nulidad con restablecimiento del derecho, por lo que el aspecto relativo al reconocimiento del derecho a la exención del impuesto predial a la Caja Agraria, planteada con ocasión de la apelación no puede ser materia de pronunciamiento en esta oportunidad, pues el artículo 2º demandado establece de manera general que los bienes inmuebles de propiedad de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta, del orden nacional,

departamental y municipal están sujetas al pago del impuesto predial, pero en manera alguna establece mediante acto- condición la obligación de la Caja Agraria de pagar el tributo, ni le niega la exención sobre el mismo.

Ya la Sala precisó al demandante la improcedencia de la indebida acumulación de pretensiones y por ello hubo de corregir la demanda, que conforme a términos del memorial presentado ante el Tribunal el 13 de junio de 1990 (fls. 42 a 60 cdno. No. 2) corresponde a la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (fl. 43).

En consecuencia se estudian los cargos de violación frente a las normas invocadas en la demanda, artículos 197 de la Constitución Nacional de 1886, 169 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 11 del Decreto 049 de 1932.

Observa la Sala que el Concejo Municipal de Villavicencio al expedir el Acuerdo 066 de noviembre 20 de 1986 invocó las facultades conferidas por los artículos 197 de la Constitución Nacional, 169 de la Ley 14 (sic) de 1913, y los capítulos I y II de la Ley 14 de 1983.

Es decir que el Municipio sí fundamentó su acuerdo en las disposiciones superiores que lo facultaban para ejercer competencia tributaria y expedir el artículo 2º acusado.

Dicha competencia, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, es compartida en el ordenamiento impositivo colombiano, entre el Congreso que tiene iniciativa en esta materia y capacidad reguladora incondicional y las Asambleas y Concejos Municipales, los cuales si bien carecen de iniciativa, son titulares de la facultad que para imponer tributos les creen o autorizan las leyes. Atribución que obviamente está condicionada y subordinada a la Constitución, la ley y las ordenanzas.

En efecto el artículo 197 de la Constitución Nacional de 1886, citado como violado por la demandante, e invocado como fundamento a la expedición del acto acusado, disponía:

“Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme con la ley, las siguientes:

...2. Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas las contribuciones y gastos locales”.

Es preciso entonces determinar si el Concejo Municipal de Villavicencio de acuerdo con las normas superiores podía sujetar al impuesto predial, a partir del 1º de enero de 1987, los bienes inmuebles de propiedad de las

SECCION CUARTA

sociedades de economía mixta, que como la demandante, son del orden nacional (Ley 27 de 1981, artículo 1º).

Para la fecha de expedición del acuerdo, noviembre 26 de 1986, estaba vigente el Decreto 1333 de abril 25 de 1986 que compiló entre otras las disposiciones contenidas en la Ley 14 de 1983, y el artículo 61 de la Ley 55 de 1985, cuyo artículo 194 ordenó:

“Los bienes inmuebles de propiedad de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden nacional podrán ser gravados con el impuesto predial en favor del correspondiente municipio”.

Por consiguiente cuando el Concejo Municipal de Villavicencio mediante el artículo acusado sujeta de manera general al impuesto predial los bienes inmuebles de propiedad de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, ejerció las facultades impositivas concedidas por el artículo 197 de la Constitución Nacional de 1886, conforme a la atribución dada por la ley, especialmente el artículo 61 de la Ley 55 de 1985, tal como fue compilado por el artículo 194 del Código de Régimen Municipal.

No entra la Sala a considerar el aspecto relacionado con la sujeción al impuesto predial de los bienes inmuebles pertenecientes a las sociedades de economía mixta del orden departamental y municipal, porque tal aspecto en concreto no fue objeto de demanda, ni sobre él se expuso fundamento legal ni concepto de violación.

Con relación al cargo de violación por parte del Acuerdo 66 artículo 2º del Decreto 049 de 1932, reglamentario de las Leyes 84 de 1915, 5ª de 1929 y otras disposiciones, precisa la Sala que el cargo no puede prosperar porque como bien lo adujo el *a quo*, dicha norma no se encontraba vigente para la época en que se profirió el acuerdo acusado, por cuanto dicha disposición que regulaba parte del funcionamiento de la administración municipal, no fue codificada en el Decreto 1333 de 1986 y quedó por imperativo del artículo 385 *ibidem* expresamente derogada, tal como lo precisó esta Corporación en la sentencia del 15 de julio de 1988, con ponencia del doctor Amado Gutiérrez Velásquez, que acertadamente invoca el Tribunal.

En consecuencia el artículo 2º del Acuerdo número 66 de 1986, en cuanto sujeta al gravamen del predial los bienes inmuebles de propiedad de las sociedades de economía mixta, se ajustó a las normas superiores que lo facultaban para el efecto. Si bien es cierto que incurrió en errores de

transcripción al invocar el artículo 169 de la Ley 14 (sic) de 1913, en vez de la Ley 4ª de 1913, tal error de conformidad con el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 no perjudica el acuerdo.

En efecto dice así la norma:

“Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser rectificadas por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”.

Aun cuando es ciertamente criticable la conducta del Concejo Municipal de Villavicencio cuando al expedir los acuerdos respectivos no guarda el suficiente cuidado al invocar con precisión las normas que lo facultan e incurre en yerros caligráficos o tipográficos, tal hecho no genera la nulidad de la disposición acusada, pues no hay duda de que la voluntad de la Corporación edilicia fue la de ejercer su atribución impositiva en materia de impuesto predial, invocando para el efecto las normas superiores que lo autorizaban como eran los artículos 197 de la Constitución Nacional de 1886, reiterado en el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, que ya estaba compilada en el Decreto 1333 de 1986, artículo 92.

De otra parte como reiteradamente lo ha expuesto la Corporación, los vicios de naturaleza puramente formal no tienen la virtualidad de producir la anulación del acto, menos aún cuando están de por medio el interés general y el carácter de orden público de las disposiciones tributarias.

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

FALLA:

Confírmase por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia proferida el 11 de junio de 1992, por el Tribunal Administrativo del Meta en el juicio 2996, en cuanto niega las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Jaime Abella Zárate,*
Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado, Secretario.

IVA EN SERVICIOS / RESPONSABLE DEL IVA / LEY EN EL TIEMPO

El artículo 1º del Decreto 1107 de 1992 a partir del 1º de julio de 1992 y en contravención con la norma superior, anticipó la aplicación de la Ley 6ª de 1992, para aquellos servicios gravados por la nueva ley, haciendo responsables del tributo a quienes los presten desde esta fecha, cuando expresamente el artículo 1º parágrafo 5º de la ley había señalado su aplicación a partir del 1º de enero de 1993, con relación a todos los aspectos regulados por el artículo 19. Así mismo el artículo 3º inciso 1º anticipa la aplicación de la ley dentro de un lapso no establecido por el legislador, que expresamente previó en el parágrafo 5º del artículo 19 que todos los asuntos comprendidos en tal ordenamiento: tarifa general, tarifas diferenciales, servicios gravados, impuestos descontables, IVA social, solo regirían a partir del 1º de enero de 1993 y no antes.

Declara la nulidad de las expresiones: a partir del 1o. de julio de 1992 contenidas en los artículos 1o. y 3o. del Decreto Reglamentario 1107 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expedientes números 4308 y 4280 acumulados.

Actores: Germán Cavellier y Diego Mauricio Bejarano Daza.

Acción de nulidad contra los artículos 1º y 3º inciso 1º del Decreto Reglamentario 1107 de julio 2 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

Autoridades nacionales. Fallo.

Los ciudadanos Germán Cavelier y Diego Mauricio Bejarano Daza, separadamente demandaron la nulidad de los artículos 1º y 3º inciso 1º del Decreto Reglamentario 1107 de julio 2 de 1992, y previa acumulación de los procesos oportunamente decretada a solicitud del agente del Ministerio Público, procede la Sala a dictar sentencia.

1. El acto acusado

Se trata de los artículos 1º y 3º inciso 1º del Decreto 1107 de julio 2 de 1992 cuyos textos son los siguientes:

“Artículo 1º. Responsables del impuesto sobre las ventas en los servicios. De conformidad con la Ley 6ª de 1992, a partir del 1º de julio de 1992, sin perjuicio de la responsabilidad por los bienes gravados, son responsables del impuesto sobre las ventas, independientemente de su calidad o naturaleza jurídica, quienes presten los servicios diferentes a los exceptuados en el artículo 476 del Estatuto Tributario y a los prestados por las entidades exceptuadas de la responsabilidad del impuesto por el artículo 443-1 del mismo Estatuto.

En el caso de las personas naturales, son responsables por la prestación de servicios, quienes cumplan una de las siguientes condiciones:

- “1. Tener más de dos establecimientos de comercio, o
2. Haber obtenido ingresos netos provenientes de su actividad comercial en 1991 mayores a veintitrés millones setecientos mil pesos (\$23.700.000),
3. Haber poseído a 31 de diciembre del mismo año un patrimonio bruto fiscal mayor de sesenta y cinco millones novecientos mil pesos (\$65.900.000), o
4. Si se tiene hasta dos establecimientos de comercio, cumplir alguna de las condiciones señaladas en los numerales 2 o 3.

Parágrafo 1º. Para los efectos de este artículo se entiende por ingresos netos provenientes de la actividad comercial, los que resultan de la prestación de servicios gravados conforme con la Ley 6ª de 1992; y para los responsables no comerciantes, se entiende por establecimiento de comercio la oficina, local o sede donde se prestan los servicios gravados.

Parágrafo 2º. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 2º de este artículo, cuando se inicien actividades dentro del respectivo año gravable, los ingresos netos que se tomarán de base, son los que resulten de dividir los

SECCION CUARTA

ingresos netos recibidos durante el período, por el número de días a que correspondan y multiplicar la cifra así obtenida por 360”.

“Artículo 3º Tarifa del impuesto sobre las ventas en los servicios. *A partir del 1º de julio de 1992* y hasta el 31 de diciembre del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 6ª de 1992, en concordancia con el artículo 468 del Estatuto Tributario, la tarifa del impuesto sobre las ventas para los servicios será del doce por ciento (12%)”. (Resalta la Sala).

2. Las demandas

Las demandas pretenden la nulidad de los artículos antes mencionados formulándoles cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad, que se resumen así:

A. Normas que predicen violadas, artículos 189 y 345 de la Constitución Nacional de 1991, y 19 de la Ley 6ª de 1992.

B. Concepto de la violación.

Artículo 189. En opinión de los demandantes la violación del artículo 189 de la Constitución Nacional, resulta del hecho de que por medio del Decreto 1107 de 1992, el señor Presidente y su Ministro excedieron la potestad reglamentaria que les confiere la Constitución Nacional en el artículo citado, pues al pretender reglamentar la Ley 6ª de 1992, expresaron reglas que solo podía dar el legislador, relacionadas con una vigencia del impuesto a las ventas no señalado por la ley.

Del artículo 345 de la Constitución Nacional. En cuanto al dar en virtud del reglamento una vigencia anticipada al IVA, se incurre en desconocimiento de la Constitución Nacional artículo 345 por cuanto el aumento en la tarifa del IVA que se recaude al ampliarse la base gravable de este impuesto no está incluido dentro del presupuesto de rentas del Estado para la vigencia fiscal de 1992, tal y como lo ordena la norma en mención.

Violación del artículo 19 de la Ley 6ª de 1992. Porque en tanto que la ley dice que el impuesto a las ventas del artículo 19, rige desde el 1º de enero de 1993, las disposiciones acusadas, en abierta contradicción, dicen que tal impuesto rige desde el 1º de julio de 1992.

Para efectos de demostrar la violación de la voluntad del legislador por parte del Gobierno, hacen mención del proyecto de ley inicialmente presentado al Congreso por el Gobierno Nacional, que contenía en su artículo 23 equivalente al 19 del texto definitivo de la Ley 6ª de 1992, la frase “a partir

del primer día del mes siguiente al de la vigencia de la presente ley, la tarifa general del impuesto sobre las ventas es del 18%...”, es decir que el Gobierno buscaba que el Congreso Nacional convirtiera en ley de la República este texto de aumento inmediato, situación que no se presentó, pues como se deduce de la comparación de los textos, el Congreso suprimió la frase transcrita, ya que su intención era esperar hasta 1993 para que entrara en vigencia la nueva tarifa y la base gravable del impuesto al valor agregado, porque el Congreso estaba consciente de dos cosas: primero, que el artículo 345 de la Constitución Nacional le impedía aprobar un artículo de donde se generaran por vía del impuesto unos recursos que no estaban incluidos en el presupuesto de rentas de la Nación; segundo, que no era el momento político, ni económico, para decretar un alza en la tarifa del impuesto y la ampliación de la base gravable.

A renglón seguido invoca la jurisprudencia, que en relación con la potestad reglamentaria ha producido el Consejo de Estado, citando especialmente la proferida en marzo de 1987, en el proceso 1618. Consejero Ponente Joaquín Vanín Tello. Actor Alberto León Gómez Zuluaga.

3. Oposición de la administración

Concurrió a la defensa de la legalidad de la norma acusada, la delegada del Ministerio de Hacienda, para manifestar que hay ausencia de violación del artículo 19 de la Ley 6ª de 1992, porque los diversos elementos de la obligación tributaria en el impuesto sobre las ventas concebidos por la mencionada ley, fueron reglamentados separadamente por el Decreto 1107 de 1992, haciendo especial énfasis que el artículo 1º del decreto acusado, reglamentó los artículos 24 de la Ley 6ª de 1992, que adicionó el estatuto tributario con el 437-1, y el 25, en cuanto sustituyó el literal c) del artículo 437 del mismo estatuto. Y que el artículo 3º demandado, reglamentó el artículo 468 del Estatuto Tributario, pero solo respecto del artículo 26 de la Ley 49 de 1990, vigente desde el 1º de enero de 1991, norma que quedó a su juicio tácitamente derogada como consecuencia de la entrada en vigencia de los artículos 24 y 26 de la Ley 6ª de 1992, que comenzaron a regir desde el 30 de junio del mismo año y que en consecuencia, el IVA se aplicó a todos los servicios desde esa fecha, salvo los expresamente exceptuados en la ley.

Considera que el inciso 1º del artículo 468 del Estatuto Tributario contiene un texto con vigencia durante el segundo semestre de 1992, diferente no solo del texto original vigente desde el 1º de enero de 1991, sino también al que tendrá vigencia a partir del 1º de enero de 1993.

SECCION CUARTA

Concluye entonces, que la Ley 6ª de 1992 sólo tiene efecto modificador de la tarifa general del impuesto a las ventas a partir del 1º de enero de 1993, cuando entrarán en vigencia las disposiciones del artículo 19 que la eleva al 14%.

Exposición que reitera en el resumen presentado con oportunidad del alegato de conclusión, para deducir que el artículo 25 de la Ley 6ª de 1992, por no tener señalada una vigencia especial, se rige por la general del artículo 140 de la misma, o sea a partir del 30 de junio de 1992 y concretamente, para el caso del impuesto a las ventas el 1º de julio del mismo año, por lo que ninguno de los apartes de los artículos 1º y 3º demandados, viola el 19 de la Ley 6ª de 1992.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Representado en el proceso 4308 por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, solicita sean anulados los incisos 1º de los artículos 1º y 3º del Decreto 1107 de 1992, en cuanto fijaron como fecha, a partir de la cual regía la tarifa general del 12% del impuesto a las ventas, el 1º de julio de 1992, cuando la ley en forma expresa señaló para el efecto el 1º de enero de 1993, pues revisada la Ley 6ª de 1992, se observa que en el capítulo III, artículo 19, se fijó la tarifa general del impuesto sobre las ventas en el 12% con las salvedades dispuestas en el mismo título. Y que dispuso, que se aplicaría la misma tarifa a los servicios con exclusión de los señalados en el artículo 476 del Estatuto Tributario y en el último párrafo del artículo 19 citado, se indicó que regiría a partir del 1º de enero de 1993 mientras que el Decreto 1107 de 1992 que reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1992 y el Estatuto Tributario, señaló en el artículo 1º que son responsables del impuesto sobre las ventas a partir del *1º de julio de 1992* los que presten los servicios diferentes a los exceptuados en el artículo 476 del Estatuto Tributario y a los prestados por las entidades exceptuadas de la responsabilidad del impuesto por el artículo 443-1 del mismo estatuto.

Que así mismo señala el reglamento en el artículo 3º inciso 1º, que la tarifa del impuesto fijada para los servicios entraría a regir a partir del 1º de julio del año 1992, por lo que de la confrontación de lo dispuesto en cuanto a vigencia se refiere, con el parágrafo 5º del artículo 19 de la Ley 6ª de 1992, se concluye sin lugar a dudas que el Gobierno Nacional, en efecto violó ostensiblemente el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Mediante la Ley 6ª de 1992, expedida por el Congreso de la República el 30 de junio del mismo año, se introdujeron reformas al sistema impositivo

colombiano y entre ellas el régimen del impuesto sobre las ventas entonces vigente.

Fue así como el Capítulo III de la mencionada ley en su artículo 19, modificó el Estatuto Tributario y unificó la tarifa del impuesto sobre las ventas para bienes y servicios, y estableció la sujeción al gravamen de todos los servicios, con excepción de los expresamente excluidos por el artículo 476.

Es especialmente importante en este artículo su parágrafo 5º, cuando al señalar la fecha de aplicación de la norma, expresamente dice: “El presente artículo rige a partir del 1º de enero de 1993”.

El 2 de julio de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 1107 por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 6ª de 1992, y en el que expresamente invoca “el uso de sus facultades constitucionales y legales, y en especial por las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política y de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del título I de la Ley 6ª de 1992 y en el libro III, del Estatuto Tributario”.

El decreto, con los fines mencionados estableció en su artículo 1º:

“Responsables del impuesto sobre las ventas en los servicios. De conformidad con la Ley 6ª de 1992, a partir del *1º de julio de 1992*, sin perjuicio de la responsabilidad por los bienes gravados son responsables del impuesto sobre las ventas, independientemente de su calidad o naturaleza jurídica, quienes presten los servicios diferentes a los exceptuados en el artículo 476 del Estatuto Tributario...”. (Resalta la Sala).

Es decir, que a partir de esta fecha y en contravención con la norma superior, anticipó la aplicación de la Ley 6ª de 1992, a partir del 1º de julio del mismo año para aquellos servicios gravados por la nueva ley, haciendo responsables del tributo a quienes los presten desde esta fecha, cuando expresamente el artículo 1º parágrafo 5º, de la ley había señalado su aplicación a partir del 1º de enero de 1993, con relación a todos los aspectos regulados por el artículo 19.

De la confrontación de las disposiciones en estudio surge la violación por parte del artículo 1º inciso 1º del Decreto 1107 de 1992, de la norma superior que dijo reglamentar, tal como lo precisó la Sala en el auto del 4 de septiembre de 1992 (Expediente 4308), razón por la cual debe retirarse del ordenamiento jurídico.

Así mismo observa la Sala que el artículo 3º inciso 1º, también demandado, que dispone:

SECCION CUARTA

“Tarifa del impuesto sobre las ventas en los servicios. *A partir del 1º de julio de 1992, y hasta el 31 de diciembre del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 6ª de 1992, en concordancia con el artículo 468 del Estatuto Tributario, la tarifa del impuesto sobre las ventas para los servicios será del doce por ciento (12%)*” (resalta la Sala), anticipa la aplicación de la ley dentro de un lapso no establecido por el legislador, que expresamente previó en el párrafo 5º del artículo 19, que todos los asuntos comprendidos en tal ordenamiento: tarifa general, tarifas diferenciales, servicios gravados, impuestos descontables, IVA social, transferencias a municipios, solo regirían a partir del 1º de enero de 1993, y no antes.

No es admisible pretender que este, el inciso 1º del artículo 3º, no contraviene el artículo 19 de la ley por estar reglamentando al artículo 25, porque este último artículo comprende tanto los servicios gravados por la nueva ley como los que ya lo estaban, sin que pueda el reglamento con relación a los nuevos hechos generadores del impuesto y nuevos responsables, anticipar la aplicación de la ley en el tiempo, ni incrementar la tarifa de aquellos que tenían una inferior y que solo en virtud del artículo 19 de la Ley 6ª de 1992 quedó unificada.

No son tampoco de recibo para la sala, los argumentos que la parte demandada expone en sus alegaciones y parten del supuesto no demostrado, de que como el Decreto 1107 de 1992 no es reglamentario del artículo 19 de la Ley 6ª de 1991 no podía, en su condición de estatuto legal de categoría inferior, infringirle agravio al referido artículo de la ley. En efecto, en el control de legalidad para que proceda la declaratoria de nulidad de una norma de inferior categoría contenida en un acto administrativo de carácter reglamentario, como el que ahora se juzga, basta que se demuestre que la disposición de inferior categoría agravia a otra de un estatuto superior, sin importar que esta última sea la que fue objeto de reglamentación. Ello como una consecuencia de la unidad del orden jurídico y de la jerarquización normativa que lo caracteriza, que impone la sujeción total y completa del ordenamiento inferior al de superior nivel invocado en la demanda. La violación que genera la nulidad invocada puede, entonces, deducirse por la comparación entre la norma inferior acusada y otra superior perteneciente o no a la misma materia que es objeto de desarrollo o de ejecución por el acto administrativo. En el caso examinado la Sala, en desarrollo de esta consideración, estima que una norma inferior, la del decreto reglamentario, contraría lo dispuesto por una norma superior, la contenida en el párrafo 5º del artículo 19 de la Ley 6ª de 1992,

sin atender a otras consideraciones que no se requieren distintas a las de precisar la naturaleza jurídica de los dos actos confrontados y su posición jerárquica respectiva dentro del ordenamiento jurídico para establecer la subordinación de la una con respecto a la otra. No es necesario, como insiste en señalarlo la señora apoderada del Ministerio de Hacienda, determinar qué artículos de la Ley 6ª de 1992, específicamente quiso reglamentar el decreto acusado, ya que para decretar la nulidad de la norma acusada es suficiente que ella viole la que, contenida en un estatuto superior, se invoca como vulnerada.

Tampoco es de recibo para la Sala el argumento de la demandada acerca de que la reglamentación está referida al artículo 25 de la Ley 6ª de 1992, y no al artículo 19 de la misma, que se predice violado en la demanda, habida cuenta de que entre las cosas que regula este último está la materia de "tarifas" del impuesto a las ventas para los servicios, tema del cual se ocupan igualmente los apartes del decreto acusado. Así mismo, es de destacar que el artículo 25 de la Ley 6ª, al ser incorporado en el artículo 476 del Estatuto Tributario, queda limitado en su contenido a la consagración de los servicios que se exceptúan del impuesto, siendo de destacar que en la redacción modificada, tal disposición tenía por finalidad señalar los servicios que eran objeto del gravamen y sus tarifas.

De otra parte, estima la Sala que en el expediente existen abundantes elementos probatorios, tales como los proyectos del Gobierno, las ponencias e informes de las comisiones y los debates de las plenarias de las Cámaras (algunos en cinta magnetofónica), mediante los cuales con toda seguridad se puede deducir la intención del legislador sobre este particular, que indudablemente fue la de que los diversos aspectos nuevos o modificatorios atinentes al IVA sobre los servicios rigieran a partir del 1º de enero de 1993.

No cabe duda entonces que el Presidente de la República al disponer en el reglamento, en los apartes de los artículos acusados 1º inciso 1º, y 3º inciso 1º, cosa distinta a la señalada por el legislador, no solo transgredió la norma superior que pretendió reglamentar, sino que se arrogó atribuciones que de acuerdo con el ordenamiento positivo colombiano solo corresponden al legislador (Constitución Nacional, artículo 150), y por lo tanto deben ser anulados en lo pertinente, con miras al restablecimiento del orden jurídico y al perfecto equilibrio en el ejercicio de sus atribuciones por las Ramas del Poder Público.

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

SECCION CUARTA

FALLA:

1. *Decláranse* nulas las expresiones “a partir del 1º de julio de 1992” contenidas en los artículos 1º y 3º del Decreto Reglamentario 1107 de 1992.

2. *Reconócese* a la doctora Nora Inés Matiz Santos como apoderada de la entidad demandada, a términos del poder que obra a folio 34 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA / PRINCIPIO DE ANUALIDAD
TRIBUTARIA/DIVIDENDO/TARIFA/CONTRIBUYENTE EX-
TRANJERO/LEY EN EL TIEMPO/LEY ESPECIAL**

El impuesto de renta es un impuesto de período y por lo tanto las normas que lo rigen son las vigentes al final del mismo, pero ello no implica que se deben desconocer normas expresas que para ciertos aspectos, establezcan excepciones al mismo, como lo hace el Decreto 2539 de 1987 con fuerza de ley, ya que fue expedido con base en las facultades conferidas al gobierno por el artículo 44 de la Ley 75 de 1986. Fue el mismo legislador que estableció la tarifa del 30 para los dividendos, el que previó la posibilidad de disminución de las tarifas del impuesto sobre la renta y complementarios, aplicables a contribuyentes extranjeros y en desarrollo de esa autorización se expidió el decreto en cuestión, y al cual ha debido darle aplicación la administración, cuando profirió la liquidación de corrección aritmética. (Ejercicio Fiscal de 1986).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Ref.: Radicación 4382.

Apelación sentencia de 17 de junio de 1992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable de 1986.

Actor: Volta A. B. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Director de Impuestos Nacionales, por conducto de apoderado, contra la sentencia de 17 de junio de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el

SECCION CUARTA

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra los actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta por el período gravable de 1986, a saber: la liquidación de corrección aritmética número 317 del 14 de abril de 1989 y la Resolución número 09 de 23 de enero de 1990, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El 7 de mayo de 1987 la sociedad actora presentó la declaración de renta por el año gravable de 1986 aplicando la tarifa del 30% sobre los dividendos recibidos.

El 11 de junio de 1987 la sociedad actora, teniendo en cuenta el artículo 6º del Decreto 823 de 1987, presentó la corrección a su declaración de renta y aplicó la tarifa del 20% sobre los dividendos recibidos, ya que Suecia (país donde se halla constituida la sociedad actora) no se encuentra incluida en la resolución de la Dirección General de Impuestos Nacionales que de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 9ª de 1983 señala los requisitos para que en Colombia se dé aplicación a la tarifa preferencial del 20% sobre los dividendos recibidos por sociedades extranjeras, provenientes de sociedades colombianas.

La Administración de Impuestos expidió la liquidación de corrección aritmética número 3127 de 14 de abril de 1989, mediante la cual adicionó al valor de los dividendos declarados \$522.357, correspondientes a la renta presunta sobre patrimonio, aplicó la tarifa del 30% a la totalidad de la renta gravable determinada oficialmente en la suma de \$12.873.472, e impuso la sanción prevista por el artículo 42 del Decreto 2503 de 1987.

Contra tal liquidación, la sociedad extranjera contribuyente interpuso recurso de reconsideración el 8 de junio de 1989, y la Administración lo resolvió a través de la Resolución número 09 de 23 de enero de 1990 confirmando en todas sus partes la liquidación de corrección aritmética, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

- Artículos 48 de la Ley 9ª de 1983 y 6º del Decreto 823 de 1987, por falta de aplicación.

Los dividendos declarados por la sociedad actora (sociedad extranjera Volta A. B.), fueron generados en utilidades obtenidas en el año 1985, siendo

aplicable a tales dividendos la tarifa preferencial del 20%, prevista en las normas mencionadas anteriormente.

El artículo 6º del Decreto 823 de 1987, expedido con posterioridad a la Ley 75 de 24 de diciembre de 1986, tenía el propósito de reglamentar el artículo 48 de la Ley 9ª de 1983 que aunque había sido derogado por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, debía ser aplicado a todos los eventos relacionados con la obtención de utilidades en el año 1985 o antes y que se hubieran repartido como dividendos en el año 1986 o con posterioridad.

En relación con lo expuesto anteriormente, la actora indicó que el artículo 1º del Decreto Extraordinario 2539 de 30 de diciembre de 1987 respalda la actuación al aplicar la tarifa del 20% sobre los dividendos por ella declarados en 1986, impidiendo de esta forma la aplicación retroactiva de la Ley 75 de 1986.

- Resolución número R-050-H de 31 de agosto de 1983 de la Dirección General de Impuestos Nacionales. De conformidad con el artículo 3º de la citada resolución, al no encontrarse Suecia (país donde se halla constituida la sociedad actora) en la lista de países señalados en el artículo 1º de tal resolución, la sociedad actora tiene derecho a que le sea aplicada la tarifa preferencial del 20% a los dividendos declarados por ella en la suma de \$12.351.115.

- Artículos 422 y 450 del Código de Comercio, por violación indirecta.

La aplicación por parte de la Administración de la tarifa del 30% que para dividendos señala el artículo 3º de la Ley 75 de 1986, a dividendos que provenían de utilidades obtenidas en el año de 1985 hace surgir la violación de las normas del Código de Comercio antes indicadas porque las utilidades obtenidas "por una sociedad por acciones" (fl. 11), en un año determinado, se reparten al año siguiente. Los dividendos recibidos por la actora (Volta A. B.) durante el año 1986, corresponden a utilidades generadas por Volta S. A. en 1985.

LA OPOSICION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que:

Así como anotó la Administración en la liquidación de corrección aritmética y en la resolución que falló el recurso de reconsideración, cuando la sociedad actora presentó la declaración de renta por el año gravable de 1986 (el 7 de mayo de 1987), la tarifa existente para determinar el impuesto

SECCION CUARTA

de renta por concepto de dividendos era del 30%. El artículo 48 de la Ley 9ª de 1983, en el cual fundamentó la actora sus pretensiones estaba expresamente derogado por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

La liquidación de corrección aritmética fue expedida el 14 de abril de 1989, estando en tal fecha vigente el Decreto 2539 de 1987 (aducido por la actora en el recurso de reconsideración y en la demanda y alegaciones ante esta jurisdicción), que en su artículo 1º reguló lo relacionado con el tratamiento fiscal de los dividendos abonados o pagados en cuenta a sociedades extranjeras, correspondientes a utilidades obtenidas antes del 1º de enero de 1986 por la sociedad en la cual poseen acciones. Para que tal norma opere es necesario que los dividendos figuren como utilidades retenidas en la declaración de renta de la sociedad en que se poseen las acciones en el año gravable de 1985 y que la declaración se haya presentado antes del 30 de julio de 1986. Los dividendos obtenidos en las anteriores condiciones están sometidos a una tarifa del impuesto sobre la renta del 20%.

De la declaración tributaria de la actora, correspondiente al año gravable de 1986, surge que recibió por concepto de dividendos la suma de \$12.351.115 (único concepto por ingresos), y que fueron recibidos de la sociedad en que posee acciones (Volta S. A.). Se aplicó por la actora a la base de \$12.351.115 una tarifa del 20%, resultando así como retención, la suma de \$2.470.223.

Con la demanda, la actora aportó fotocopia de la declaración de renta de Volta S. A. correspondiente al año gravable de 1985 (presentada el 2 de mayo de 1986), en donde se declaró por concepto de utilidades del ejercicio la suma de \$34.242.148.

A través del Auto número 034 de 8 de agosto de 1989, mediante el cual se admitió el recurso de reconsideración, la Administración verificó el pago de la retención por valor de \$2.470.223.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal consideró que la actora cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 1º del Decreto 2539 de 1987, siendo aplicable al caso la tarifa preferencial del 20% sobre los dividendos recibidos.

Se procedió por parte del Tribunal a anular la actuación administrativa impugnada y a practicar la siguiente liquidación:

<i>"Renta Base</i>	<i>Impuesto</i>	
La gravada inicialmente	\$12.873.472	
Menos: Dividendos con tarifa preferencial del 20%	12.351.115	
Renta gravable	522.357	156.707
Más: Impuesto sobre los dividendos con tarifa preferencial	12.351.115	2.470.223
Impuesto a cargo		2.626.930
Más: Sanción por corrección 30% sobre	156.707	47.012
Total a cargo		2.673.942
Pagos:		
Obran en el expediente, folios 28 al 30 del cuaderno principal, recibos y certificado sobre retención en la fuente que acreditan pagos por los conceptos anteriores en un valor de		4.279.588
Saldo a favor de la sociedad contribuyente		1.605.646

Nota: Los intereses que resulten pagados en exceso por la contribuyente, se abonarán a su cuenta corriente en los términos y condiciones como fueron cobrados".

La parte resolutive de la sentencia de 17 de junio de 1992, se adicionó así:

"4. Los intereses que resulten pagados en exceso por la sociedad Volta A. B., se abonarán en los términos y condiciones como fueron cobrados a la cuenta corriente de la sociedad Volta A. B. cuyo NIT correcto es 60.070.663 y no como se indica en el numeral primero" (fl. 157).

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

-El Tribunal falló *extra petita* porque aplicó el artículo 1º del Decreto 2539 de 1987 que en la demanda apenas sí se mencionó para explicar que la

SECCIÓN CUARTA

norma aplicable al caso era el artículo 48 de la Ley 9ª de 1983. Además, la decisión la tomó en relación con hechos no discutidos en la vía gubernativa.

-El artículo 1º del Decreto 2539 de 1987 sólo es aplicable a las situaciones planteadas a partir del 30 de diciembre de 1987. La ley rige hacia el futuro, y, como la actora presentó su declaración con anterioridad a tal fecha, no se puede aplicar la norma con efecto retroactivo.

-El Tribunal no observó lo establecido por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, en relación con la motivación de la sentencia, analizando las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes.

-Las utilidades obtenidas por Volta S. A., origen de los dividendos recibidos por Volta A. B. corresponden al año gravable de 1986, debido a que la Asamblea General de Accionistas de Volta S. A., el 14 de marzo de 1986 aprobó el balance general y el estado de pérdidas y ganancias, y distribuyó las utilidades (dividendos). Por lo anterior, la tarifa aplicable a los dividendos es del 30%, de conformidad con lo establecido con el artículo 3º de la Ley 75 de 1986. La aplicación de esta tarifa trae como consecuencia que la Administración no tiene obligación de abonar suma alguna a la cuenta corriente, ya que lo cancelado por concepto de impuestos e intereses corresponde a lo que realmente debía la actora por el año gravable de 1986.

ALEGATOS DE CONCLUSION

1. La apoderada de la sociedad actora se opone a la prosperidad del recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

-Con respecto a la decisión del Tribunal en relación con hechos no planteados ni discutidos en la vía gubernativa originándose así un fallo *extrapetita*, la apoderada de la sociedad actora precisó, con apoyo en las sentencias del Consejo de Estado de 20 de junio de 1986, Expediente 0058, Consejero Ponente: doctor Enrique Low Murtra, y, de 30 de marzo de 1990, Expediente 2156, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, los hechos que se plantean en la vía gubernativa determinan el marco de la demanda, no se admiten nuevos hechos pero sí que el actor aporte mejores argumentos jurídicos. En el caso presente; en la vía gubernativa y en la contenciosa, los hechos han sido los mismos (a los dividendos recibidos por la actora, declarados en 1986, les es aplicable la tarifa del 20% y no la del 30%), y en lo referente a los argumentos jurídicos, la actora en la vía gubernativa, invocó la aplicación del artículo 1º del Decreto 2539 de 1987 (y así la aceptó al interponer el recurso de apelación el apoderado de la Administración), y ante la jurisdicción contenciosa volvió a invocar la precitada

norma, demostrando que se cumplen los requisitos probatorios por ella exigidos.

- En relación con la aplicación del artículo 1º del Decreto 2539 de 30 de diciembre de 1987 a situaciones planteadas antes del 30 de diciembre de 1987, manifestó que en materia tributaria opera el principio de la retrospectividad de la ley, pudiéndose aplicar una norma posterior a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia cuando se crean beneficios retrospectivamente o cuando en desarrollo del principio de la igualdad, una norma posterior debe ser aplicada a hechos generales, con anterioridad a su entrada en vigencia.

- Finalmente, insiste en que el Tribunal, con base en las pruebas aportadas estableció que:

* La sociedad extranjera Volta A. B., la actora, en su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1986, en el renglón 156, denunció como dividendos la suma de \$12.351.115, recibidos de la sociedad colombiana Volta S. A.

* La sociedad colombiana Volta S. A., en la declaración de renta por el año gravable de 1985, en el renglón 86, denunció como utilidades retenidas del ejercicio de 1985, la suma de \$34.242.148.

* Del acta de la asamblea general de accionistas de Volta S. A., se deriva que la suma de \$34.242.148, correspondiente a utilidades de 1985, fue repartida en 1986. Volta A. B. posee 5.267 acciones, cada acción tiene un valor de \$2.345, por tanto, lo recibido por dividendos en 1986, correspondiente a utilidades de 1985 fue de \$12.351.115.

2. El apoderado de la entidad demandada coadyuva al recurso de apelación, y alega que:

Teniendo en cuenta que el impuesto sobre la renta constituye un "impuesto de período", donde la obligación tributaria se consolida al finalizar un período definido y abarca los hechos gravables que en él se suceden. En el presente caso y con respecto al impuesto de renta en relación con los dividendos recibidos por la sociedad actora, la tarifa aplicable para el año gravable de 1986 fue determinada por el artículo 3º de la Ley 75 de 1986 en el 30%.

El Tribunal de primera instancia, desconoció que el Consejo de Estado, en sentencia de 5 de octubre de 1990, Expediente 1723, Consejera Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos, declaró la nulidad del artículo 6º del Decreto

SECCION CUARTA

823 de 1987 (norma que en este caso fue el fundamento legal expuesto en la vía gubernativa y uno de los argumentos de derecho planteados en la demanda), por no estar conforme con el artículo 3º de la Ley 75 de 1986.

El Decreto 2539 de 1987 no es aplicable al caso *sub examine* porque a 31 de diciembre de 1986, la norma vigente para el período fiscal de 1986 era la Ley 75 de 1986, resultando así equivocada la actuación del Tribunal.

3. El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación concep-túa que la sentencia apelada merece ser confirmada.

Ante la jurisdicción contenciosa se pueden plantear argumentos no expuestos en la vía gubernativa, desde que su finalidad sea respaldar lo discutido en esa etapa.

De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución los jueces en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley”, por lo anterior, si el Tribunal fundamenta su decisión en una norma que no se citó en la demanda, no hay causa suficiente para que tal decisión se revoque.

Así como lo observó el Tribunal, la sociedad actora cumplió todos los requisitos establecidos por el artículo 1º del Decreto 2539 de 1987 para la procedencia de la tarifa del 20%. aplicable a los dividendos recibidos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala comparte el criterio del Tribunal *a quo*, según el cual la norma aplicable a la sociedad actora en el tema controvertido de la tarifa del impuesto sobre la renta a dividendos correspondientes a utilidades obtenidas antes de 1986, es el Decreto 2539 de 1987.

En efecto, dicho decreto en su artículo 1º dispuso:

“Artículo 1º. Los dividendos pagados o abonados en cuenta, a favor de sociedades u otras entidades extranjeras, de personas naturales extranjeras sin residencia en Colombia y de sucesiones ilíquidas de causantes extranjeros que no eran residentes en Colombia, correspondientes a utilidades obtenidas con anterioridad al 1º de enero de 1986 por la sociedad en la cual poseen las acciones, estarán sometidos a una tarifa del impuesto sobre la renta del veinte por ciento (20%), siempre y cuando figuren como utilidades retenidas en la declaración de renta de la sociedad, correspondiente al año gravable de 1985, la cual deberá haber sido presentada a más tardar el 30 de julio de 1986. La retención en la fuente por este concepto deberá efectuarse a la misma tarifa del impuesto.

“Cuando sobre los dividendos a que se refiere el presente artículo, se hubiere efectuado una retención superior al veinte por ciento (20%) durante 1987, dicho exceso se podrá restar del valor de las retenciones por dividendos que se deban practicar al mismo accionista en períodos siguientes”.

De acuerdo con los términos de la norma transcrita es claro que se trata de una norma especial, que precisamente se refiere a utilidades obtenidas antes del 1º de enero de 1986, para mantener respecto de ellas la tarifa del 20%, que se les aplicaba, en los términos de la Ley 9ª de 1983, antes de la expedición de la Ley 75 de 1986.

Es cierto como lo anota el señor apoderado de la entidad demandada y lo sostuvo esta Corporación al decretar la nulidad del artículo 6º del Decreto 823 de 1987 y en otras providencias, que el impuesto de renta es un impuesto de período y que por lo tanto las normas que lo rigen son las vigentes al final del mismo, pero ello no implica que se deban desconocer normas expresas que para ciertos aspectos, establezcan excepciones al mismo, como lo hace el decreto en cuestión, con fuerza de ley, ya que fue expedido con base en las facultades conferidas al gobierno por el artículo 44 de la Ley 75 de 1986.

Dicho artículo 44 de la Ley 75 de 1986 dispuso expresamente que:

“Artículo 44. Dentro de los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la presente ley, el gobierno podrá disminuir las tarifas del impuesto sobre la renta y complementarios aplicables a los contribuyentes extranjeros, de tal forma que se armonicen con los cambios efectuados en las legislaciones tributarias de los países de origen de inversión extranjera en Colombia, en materia del crédito tributario a los impuestos pagados en Colombia”.

O sea que fue el mismo legislador que estableció la tarifa del 30% para los dividendos, el que previó la posibilidad de disminución de las tarifas del impuesto sobre la renta y complementarios, aplicables a contribuyentes extranjeros y en desarrollo de esa autorización se expidió el decreto en cuestión, y al cual ha debido darle aplicación la administración, cuando profirió la liquidación de corrección aritmética, en 1989, ya que establecía una situación especial para determinados contribuyentes.

La contribuyente, desde la sustentación del recurso de reconsideración, invocó como fundamento de sus peticiones, tanto la Ley 9 de 1983, artículo 48, como el citado Decreto 2539 de 1987.

Precisado lo anterior, y toda vez que ante el Tribunal a que comprobó la contribuyente la realidad fáctica y el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma, todo lo cual, no ha sido controvertido por el recurrente, hizo bien el *a quo* al dar prosperidad a las peticiones de la demanda y por ello el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, no puede prosperar.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce al doctor Juan Carlos Guerrero Cárdenas, como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sección. *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONSOLIDACION CONTABLE / LIBROS DE CONTABILIDAD / SANCION POR LIBROS

La “consolidación” es cuestión que se presta a diversas soluciones de tipo contable, mediante el adecuado manejo de libros y cuentas específicos, o no, conforme a la naturaleza de cada transacción, pero que, en cualquier circunstancia, debe figurar en libros registrados. El hecho de que la casa principal y sus agencias tengan respectivamente registrados sus libros de contabilidad y de que la “sumatoria” de tales efectos equivalga a las cifras presentadas en los estados financieros generales, no es prueba de la “consolidación” sino que la niega, porque hace figurar un manejo contable marcadamente independiente que impide la obtención inmediata de las cifras de balance y resultados; por lo mismo, la “consolidación” a base de un programa computarizado, no puede ofrecer las garantías de una homologación de guarismos en libros registrados.

INSPECCION CONTABLE - Límites / SANCION POR INEXACTITUD / LIBROS DE CONTABILIDAD - Irregularidades

La única sanción inherente a una liquidación oficial, es la sanción por inexactitud; la posibilidad de imponer las otras sanciones a través de resoluciones independientes a una liquidación, conlleva la desvinculación del concepto del “año gravable”. Una inspección contable que se ordena con el fin de “determinar los impuestos sobre la renta” no podría revisar y objetar sino asuntos referentes a la determinación del impuesto de ese específico ejercicio fiscal. Pero tal limitación no se puede aplicar al hecho, completamente independiente a la tasación del tributo, que puede aparecer durante el desenvolvimiento de la inspección contable que como resultado de los hechos irregulares en la

SECCION CUARTA

contabilidad de la sociedad detectados por la administración den lugar a la imposición de una sanción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Consuelo Sarria Olcos.*

Ref.: Radicación 4400.

Apelación sentencia de 17 de julio de 1992 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos por los cuales se impuso sanción por libros de contabilidad.

Actora: Aseguradora Grancolombiana S.A. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Director de Impuestos Nacionales, por conducto de apoderado, contra la sentencia de 17 de julio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad Aseguradora Grancolombiana S. A., contra la actuación administrativa que le impuso una sanción por libros de contabilidad.

ANTECEDENTES:

Previa Acta de Inspección General a los libros de contabilidad de la sociedad actora, la Administración mediante Resolución número 006000 de 6 de octubre de 1988 impuso a la sociedad demandante una sanción de \$20.000.000 por irregularidades contables detectadas el 25 de agosto de 1988 (fecha de traslado del acta de visita).

Contra la anterior resolución, la actora interpuso oportunamente recurso de reconsideración el cual fue decidido por la administración a través de la Resolución número A-000099-P de 2 de noviembre de 1989 confirmando la Resolución número 006000, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de la violación se resumen así:

1. Teniendo en cuenta que las resoluciones demandadas impusieron a la sociedad actora una sanción por libros de contabilidad en relación con el año gravable de 1988, cuando de acuerdo al año gravable investigado y a las pruebas aducidas debió ser en relación con el año gravable 1986, se presentó la violación de las siguientes normas:

-Artículos 20 y 26 de la Constitución Política anterior, 2º literal b) y 8º de la Ley 57 de 1985, por falta de aplicación.

-Artículo 63 literal e) del Decreto 2503 de 1987, por indebida aplicación.

El año gravable al cual se refiere la inspección contable que sirvió de fundamento para la aplicación de la sanción fue 1986, y sin embargo los actos administrativos que imponen la sanción se refieren al año gravable de 1988.

El artículo 63 del Decreto 2503 de 1987 no era aplicable para establecer irregularidades de los libros de contabilidad, correspondientes al año gravable de 1986, por ser tal norma posterior a la época de ocurrencia de las presuntas irregularidades.

2. Cuando las autoridades de impuestos aplicaron a la actora la sanción “por libros de contabilidad” aunque ésta los llevaba conforme a la ley, se presentó la violación de las normas siguientes:

-Artículos 2033 y 2034 del Código de Comercio, 27 de la Ley 105 de 1927, 47 inciso 2º de la Ley 45 de 1923, Decreto 655 de 1925, las Circulares externas SD Nª 013 de 5 de febrero de 1981 y DAB Nª 104 de 13 de noviembre de 1981, ambas de la Superintendencia Bancaria, los artículos 48 y 50 del Código de Comercio y 33 del Decreto 2821 de 1974, por error de interpretación.

-Artículos 40 del Decreto 2821 de 1974, 37 de la Ley 52 de 1977, 15 del Decreto 3803 de 1982 y 98 de la Ley 9ª de 1983, por error de apreciación.

-Artículos 63 literales b) y c) y 64 del Decreto 2503 de 1987, por indebida aplicación.

-Artículo 26 de la Constitución Política anterior, por falta de aplicación.

La sociedad actora llevaba los libros de contabilidad correspondientes al año 1986 de conformidad con las normas legales consagradas en el Código de Comercio, en las normas de carácter tributario, en especial las del Decreto 2821 de 1974, y en las emanadas de la Superintendencia Bancaria.

LA OPOSICION

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demandante, argumentando que la irregularidad contable detectada tiene fecha de 25 de agosto de 1983 referida al año gravable de 1986 y, al momento de aplicarse la sanción estaba vigente el Decreto 2503 de 1987, ajustándose así la actuación de la administración a derecho.

SECCION CUARTA

Adicionalmente indicó que uno es el balance de cada sucursal y otro el que debe presentarse a la casa principal, para que sean estos consolidados y presentados ante la Superintendencia Bancaria. Por lo anterior, al haber comprobado que la actora no había registrado uno de los libros, procedía la sanción impuesta.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, argumentando que la sanción por libros de contabilidad impuesta a la sociedad actora se originó en la inspección general que de tales libros se realizó para determinar los impuestos sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1986 y que el 21 de diciembre de 1987 se suscribió el "informe de libros de contabilidad", es claro que no le era aplicable el artículo 63 literal e) del Decreto 2503 de 1987, que sólo podía operar a partir del 30 de diciembre de 1987 y por lo tanto no era viable su aplicación para imponer sanciones en relación con conductas que se habían configurado antes de su entrada en vigencia.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y los sustentó en síntesis si:

La sanción por libros de contabilidad en el caso presente se generó por llevar un libro Mayor consolidado sin el respectivo registro. La falta del registro conlleva una sanción, prevista de manera similar en los artículos 34-2 del Decreto 2821 de 1974 y 63 literal b) del Decreto 2503 de 1987.

Desde la entrada en vigencia del Decreto 2821 de 1974, el registro de los libros de contabilidad constituye una exigencia legal y por consiguiente, ante la ausencia de tal registro, la sanción impuesta tuvo como fundamento una norma previamente establecida.

La sanción por libros no se encuentra ligada al año para el cual está ordenada la inspección tributaria, ya que se debe diferenciar entre la determinación del impuesto y la imposición de una sanción. En el caso bajo estudio, el acta de visita se terminó el 2 de marzo de 1988 y se dio traslado el 25 de agosto de 1988, y fue en ese mismo año que se aplicó la sanción.

Finalmente, argumentó que el período al cual se refiere la sanción por libros no incide, porque acreditada la irregularidad, la base para imponer la sanción es la referente al año inmediatamente anterior, de acuerdo con lo previsto en los artículos 84 de la Ley 9ª de 1983 y 64 del Decreto 2503 de 1987.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la entidad demandada “coadyuvó el recurso de apelación”, manifestando que la sanción que se impuso a la sociedad actora surgió por el incumplimiento del mandato legal que la obligaba a registrar sus libros de contabilidad, exigencia ésta, establecida en los artículos 33 a 35 del Decreto 2821 de 1974, y recogida posteriormente por el artículo 63 del Decreto 2503 de 1987.

El hecho sancionable se encontraba tipificado con anterioridad, tanto en el año gravable por el que se decretó la inspección contable como en el momento en que efectivamente se realizó.

Teniendo establecido que la actora no llevaba libros de contabilidad registrados que permitieran determinar los factores para establecer las bases de la liquidación de los impuestos y retenciones, se configuró el hecho irregular de carácter contable que conllevaba necesariamente la sanción impuesta.

Aclaró que la obligación de registrar los libros de contabilidad es de la sociedad Aseguradora Grancolombiana S.A., y no de las sucursales que la integran.

Finalmente expresó que cuando la sanción por libros de contabilidad se impone en resolución independiente, ésta se independiza del año gravable por el cual se ordenó la inspección contable porque se sanciona en el momento en que se establece en atención a que sólo puede ser detectada en la fecha en que se realiza tal inspección. Lo anterior lo fundamentó en la sentencia del Consejo de Estado de 3 de mayo de 1991, Expediente 3012, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

La Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación considera que la sentencia apelada debe ser revocada y anota que el artículo 19 del Decreto 3803 de 1982 permitió la imposición de sanciones, diferentes a las de inexactitud, por medio de actos administrativos separados de las liquidaciones oficiales. A partir de la expedición del mencionado decreto, se desvinculó a las sanciones diferentes a la de inexactitud del concepto de “año gravable”, por lo cual, no importa que la inspección a los libros de contabilidad se hubiese ordenado para determinar el impuesto de renta por el año 1986. En este punto, cita la sentencia del Consejo de Estado de 3 de mayo de 1991, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

No es relevante que la visita de inspección contable hubiera empezado antes de la entrada en vigencia del Decreto 2503 de 1987, porque los

SECCION CUARTA

funcionarios comisionados detectaron la irregularidad en los libros durante el transcurso de la visita y procedieron a aclarar el informe de libros de contabilidad el 24 de febrero de 1988 indicando que la sociedad actora no había presentado a la comisión visitadora los libros con el movimiento contable consolidado a nivel nacional debidamente registrado en la Cámara de Comercio, y además la inspección de los libros culminó el 2 de marzo de 1988 y se procedió a dar traslado el 25 de agosto de 1988.

Finalmente señaló que la irregularidad hallada por la administración y con base en la cual se expedieron los actos administrativos sancionando a la sociedad actora, estaba prevista como penalizable con anterioridad a la expedición del Decreto 2503 de 1987, lo cual implicaría dar aplicación a la figura de la sustitución de la base legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 19 del Decreto 3803 de 1982 permite a la administración tributaria imponer sanciones, diferentes a la de inexactitud, a través de resoluciones independientes a una liquidación oficial, cuando establece: "Las demás sanciones podrán imponerse con la liquidación o mediante resolución independiente".

De lo anterior surgen las siguientes consecuencias: la única sanción inherente a una liquidación oficial, es la sanción por inexactitud (que se deriva de los hechos objetivos sancionables de la declaración tributaria de un determinado período fiscal), la posibilidad de imponer las otras sanciones a través de resoluciones independientes a una liquidación, conlleva la desvinculación del concepto de "año gravable".

Una inspección contable que se ordena con el fin de "determinar los impuestos sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1986" no podría revisar y objetar sino asuntos referentes a la determinación del impuesto de ese específico ejercicio fiscal. Su limitación es con respecto al año gravable sobre el cual se va a determinar el tributo.

Pero, observa la Sala, que tal limitación no se puede aplicar al hecho, completamente independiente a la tasación del tributo, que puede aparecer durante el desenvolvimiento de la inspección contable que como resultado de los hechos irregulares en la contabilidad de la sociedad actora detectados por la Administración den lugar a la imposición de una sanción como la establecida en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982. Los anteriores planteamientos fueron expresados por la Sala en la Sentencia de 3 de mayo de 1991, Expediente 3012, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

En este caso, no se trata de fijar un impuesto, sino del cumplimiento por parte de la contribuyente del deber legal de llevar y tener registrados los libros de contabilidad, de cuya inobservancia se deriva una responsabilidad ante la Administración diferente al estrictamente contributivo.

Mediante inspección a los libros de contabilidad de la sociedad actora, realizada del 14 de diciembre de 1987 al 2 de marzo de 1988, la administración detectó que aunque la actora llevaba libros de contabilidad registrados para cada una de las sucursales, no ocurría lo mismo en relación con los libros de contabilidad a nivel nacional.

Los artículos 19-2 y 28-7 del Código de Comercio establecen la obligación de los comerciantes de inscribir en el registro nacional los libros, entre ellos los de contabilidad.

El artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 considera como irregular el hecho de no tener registrados los libros de contabilidad, al establecer que: "...se consideran irregulares los siguientes hechos:

"1. ...

"2. No tener registrados los libros de contabilidad, si hubiere obligación de registrarlos, establecida por ley o reglamento".

El artículo 63 del Decreto 2503 de 1987, prevé que: "Habrá lugar a aplicar sanción por libros de contabilidad, en los siguientes casos:

"a) ...

"b) No tener registrados los libros principales de contabilidad si hubiere obligación de registrarlos".

Los artículos 35 del Decreto 2821 de 1974 y 64 del Decreto 2503 de 1987, consagran la respectiva sanción por las irregularidades en la contabilidad.

La circular externa DAB N° 104 de 13 de noviembre de 1981 de la Superintendencia Bancaria, indicó que las Compañías de Seguros y Sociedades de Capitalización, además de los libros de contabilidad de las distintas sucursales, debidamente registrados, deben llevar otros, igualmente registrados, donde se anoten y consoliden los datos suministrados por las diferentes sucursales.

Teniendo en cuenta que la irregularidad contable se encontró en el transcurso de la visita de inspección (que se realizó el 14 de diciembre de

SECCION CUARTA

1987 y terminó el 2 de marzo de 1988, folios 126 y 131 del cuaderno principal), la administración, sancionó una conducta que se hallaba prevista cómo tal en normas preexistentes para la fecha en que se constataron los hechos sancionables, como lo son los artículos 63 y 64 del Decreto 2503 de 1987.

Por otro aspecto, es cierto, según lo sostiene la demandante, que no hay disposición legal que fije taxativamente, como principales y auxiliares, determinados libros y efectos mercantiles, pero es evidente que si la contabilidad analizada no dispone, cuando menos, de los denominados “mayor”, “diario” e “inventarios y balances”, debidamente registrados en la Cámara de Comercio del lugar, no podrían cumplirse a cabalidad los requerimientos del sistema de partida doble, de inventario y balance general y del asiento cronológico de las diversas transacciones, de que tratan, en su orden, los artículos 50, 51 y 53 del Código de Comercio y que el artículo 48 *ib.* enuncia con criterio genérico.

Adicionalmente, resulta claro que si la contabilidad no muestra el movimiento contable consolidado, en eventos de operaciones realizadas a nivel nacional o internacional, no satisface las exigencias de presentar el “estado general de negocios” o de suministrar la “historia clara, completa y fidedigna” de estos, conforme a los artículos 48 y 50 *ib.*, ni de permitir la verificación o determinación de “los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones”, a que alude el artículo 63, letra e), del citado Decreto 2503 de 1987.

La “consolidación” es cuestión que se presta a diversas soluciones de tipo contable, mediante el adecuado manejo de libros y cuentas específicos, o no, conforme a la naturaleza de cada transacción, pero que, en cualquier circunstancia, debe figurar en libros registrados.

El hecho de que la casa principal y sus agencias tengan respectivamente registrados sus libros de contabilidad y de que la “sumatoria” de tales efectos equivalga a las cifras presentadas en los estados financieros generales, no es prueba de la “consolidación”, sino que la niega, porque hace figurar un manejo contable marcadamente independiente que impide la obtención inmediata de las cifras de balance y resultados; por lo mismo, la “consolidación” a base de un programa computarizado, no puede ofrecer las garantías de una homologación de guarismos en libros registrados.

Aunque el “libro mayor consolidado” de que dijo disponer la demandante, era una solución eventualmente admisible, la circunstancia de no estar registrado le restaba cualquier eficacia contable probatoria.

En este caso, no se trata de fijar un impuesto, sino del cumplimiento por parte de la contribuyente del deber legal de llevar y tener registrados los libros de contabilidad, de cuya inobservancia se deriva una responsabilidad ante la Administración diferente al estrictamente contributivo.

Mediante inspección a los libros de contabilidad de la sociedad actora, realizada del 14 de diciembre de 1987 al 2 de marzo de 1988, la administración detectó que aunque la actora llevaba libros de contabilidad registrados para cada una de las sucursales, no ocurría lo mismo en relación con los libros de contabilidad a nivel nacional.

Los artículos 19-2 y 28-7 del Código de Comercio establecen la obligación de los comerciantes de inscribir en el registro nacional los libros, entre ellos los de contabilidad.

El artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 considera como irregular el hecho de no tener registrados los libros de contabilidad, al establecer que: "...se consideran irregulares los siguientes hechos:

"1. ...

"2. No tener registrados los libros de contabilidad, si hubiere obligación de registrarlos, establecida por ley o reglamento".

El artículo 63 del Decreto 2503 de 1987, prevé que: "Habrá lugar a aplicar sanción por libros de contabilidad, en los siguientes casos:

"a) ...

"b) No tener registrados los libros principales de contabilidad si hubiere obligación de registrarlos".

Los artículos 35 del Decreto 2821 de 1974 y 64 del Decreto 2503 de 1987, consagran la respectiva sanción por las irregularidades en la contabilidad.

La circular externa DAB N° 104 de 13 de noviembre de 1981 de la Superintendencia Bancaria, indicó que las Compañías de Seguros y Sociedades de Capitalización, además de los libros de contabilidad de las distintas sucursales, debidamente registrados, deben llevar otros, igualmente registrados, donde se anoten y consoliden los datos suministrados por las diferentes sucursales.

Teniendo en cuenta que la irregularidad contable se encontró en el transcurso de la visita de inspección (que se realizó el 14 de diciembre de

SECCION CUARTA

1987 y terminó el 2 de marzo de 1988, folios 126 y 131 del cuaderno principal), la administración, sancionó una conducta que se hallaba prevista como tal en normas preexistentes para la fecha en que se constataron los hechos sancionables, como lo son los artículos 63 y 64 del Decreto 2503 de 1987.

Por otro aspecto, es cierto, según lo sostiene la demandante, que no hay disposición legal que fije taxativamente, como principales y auxiliares, determinados libros y efectos mercantiles, pero es evidente que si la contabilidad analizada no dispone, cuando menos, de los denominados "mayor", "diario" e "inventarios y balances", debidamente registrados en la Cámara de Comercio del lugar, no podrían cumplirse a cabalidad los requerimientos del sistema de partida doble, de inventario y balance general y del asiento cronológico de las diversas transacciones, de que tratan, en su orden, los artículos 50, 51 y 53 del Código de Comercio y que el artículo 48 *ib.* enuncia con criterio genérico.

Adicionalmente, resulta claro que si la contabilidad no muestra el movimiento contable consolidado, en eventos de operaciones realizadas a nivel nacional o internacional, no satisface las exigencias de presentar el "estado general de negocios" o de suministrar la "historia clara, completa y fidedigna" de estos, conforme a los artículos 48 y 50 *ib.*, ni de permitir la verificación o determinación de "los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones", a que alude el artículo 63, letra e), del citado Decreto 2503 de 1987.

La "consolidación" es cuestión que se presta a diversas soluciones de tipo contable, mediante el adecuado manejo de libros y cuentas específicos, o no, conforme a la naturaleza de cada transacción, pero que, en cualquier circunstancia, debe figurar en libros registrados.

El hecho de que la casa principal y sus agencias tengan respectivamente registrados sus libros de contabilidad y de que la "sumatoria" de tales efectos equivalga a las cifras presentadas en los estados financieros generales, no es prueba de la "consolidación", sino que la niega, porque hace figurar un manejo contable marcadamente independiente que impide la obtención inmediata de las cifras de balance y resultados; por lo mismo, la "consolidación" a base de un programa computarizado, no puede ofrecer las garantías de una homologación de guarismos en libros registrados.

Aunque el "libro mayor consolidado" de que dijo disponer la demandante, era una solución eventualmente admisible, la circunstancia de no estar registrado le restaba cualquier eficacia contable probatoria.

De otro lado, en ninguna parte las Circulares DAB números 104 de 13 de noviembre de 1981 y SD-013 de 5 de febrero del mismo año de la Superintendencia Bancaria, dicen que la sola circunstancia de tener contabilidades por la casa principal y las sucursales sea suficiente para entender consolidados los datos contables, o que el empleo de un computador único con programa consolidado, supla la consolidación que se debe mostrar en libros registrados, así no se disponga de un libro especialmente abierto al efecto, pues, de hecho, la consolidación puede operar perfectamente en los libros mínimos habituales a que se ha hecho referencia; a la postre, la consolidación no es más que la agrupación de cuentas por orden y numeración correlativos respecto de unos mismos *items*.

De conformidad con todo lo anterior, es claro que ante el incumplimiento de la sociedad actora con respecto a la obligación de registrar en la Cámara de Comercio los libros con el movimiento contable consolidado a nivel nacional, la administración obró conforme a derecho al sancionar la conducta omisiva de la sociedad actora.

Las anteriores consideraciones, son suficientes para que se revoque en todas sus partes la sentencia apelada y se denieguen las súplicas de la demanda, en un todo de acuerdo con lo conceptuado por el Ministerio Público.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada.

Niéganse las peticiones de la demanda.

Se reconoce al doctor Luis Alberto Sandoval Navas, como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sección. *Consuelo Sarria Olcos*, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONFESION / REGISTRO CONTABLE / COSTO / DEDUCCION

Uno de los requisitos esenciales de la confesión a términos del artículo 195 del C. de P. C., es el de que ésta “verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria” y como el hecho de contabilizar y declarar ingresos, deriva en efectos tributarios adversos para quien los contabiliza o declara, por el mayor impuesto que ello podría implicar, mientras que para los clientes de la actora, la contabilización y declaración de compras de materia prima, insumos o servicios a aquella, cuyo principal objetivo es el castigo de los ingresos netos y la renta bruta, con la correlativa reducción de la base imponible, resultan nítidamente favorables a los propósitos impositivos de los contabilizantes o declarantes, en forma que no cabe entender sus asientos o registros contables como una confesión de costos y expensas.

REQUERIMIENTO ESPECIAL / VIA GUBERNATIVA / DERECHO DE DEFENSA

De las conclusiones de las actas de inspección sólo podía tener conocimiento la demandante en virtud de la notificación de los requerimientos especiales, es palmario que el debate gubernativo se debía contraer a las modificaciones de las liquidaciones privadas proyectadas por estos, pues no era lícito que por causa de los protuberantes errores, de los funcionarios fiscalizador y liquidador y con el fin implícito de sanear tales actuaciones, se pretendiera atribuir a las resoluciones de los recursos el carácter de requerimientos o implicaciones de los mismos del que carecían y que, por supuesto, acusarían ostensibles inconsistencias con los ítems y guarismos de las propias liquidaciones oficiales, aparte de no ofrecer a la reclamante, al menos en la vía gubernativa ninguna garantía de su derecho de defensa.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Consuelo Sarria Olcos.*

Ref.: Radicación 4411.

Apelación sentencia de julio 30 de 1992 del Tribunal del Valle del Cauca, juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y ventas por el período gravable de 1985. Fallo:

Actor: V. Burrowes Industrias El Fraile S. A. (Acumulados).

El Director de Impuestos Nacionales, debidamente representado, apela de la sentencia de 30 de julio de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en los contenciosos de restablecimiento fiscal acumulados promovidos por V. Burrowes Industrias El Fraile, S. A., contra actos de determinación y discusión de los impuestos de ventas y renta del período impositivo de 1985, a saber, respectivamente, las liquidaciones de revisión números 013 y 007 ambas de 3 de noviembre de 1988 y las Resoluciones números 020 y 027-01 de 7 y 22 de noviembre de 1989, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Cali.

Sobre el recurso, surtido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

En el impuesto sobre las ventas, previos informes de inspección tributaria y requerimiento especial, el acto liquidatorio adicionó la base gravable, en cifra acumulada de \$68.927.849, por ventas no declaradas, efectuadas a Macdonal de Colombia, S. A. (\$19.287.903), y Yardley of London Colombiana, S. A. (\$11.755.833), Cogra Lever, S. A. (\$22.233.772), I.C.I. (Export), Limited (\$14.980.542) y Chesebrough Ponds Int., Ltda., (\$669.799), e impuso sanción por inexactitud (\$11.028.456).

En el impuesto sobre la renta, con las mismas formalidades, se adicionó la base gravable, en cuantía total de \$70.031.861, por “ventas no declaradas” (\$68.927.852), y “servicios” a E.R. Squibb and Sons Int. Corp. (\$1.104.009) e impuso sanción por inexactitud (\$44.820.390).

SECCION CUARTA

Ambos actos fueron parcialmente reformados en la vía gubernativa, en virtud de pruebas anexas a la contestación del requerimiento y el escrito del recurso, el primero, en el sentido de limitar las “ventas omitidas” a \$33.306.511, corregir error aritmético incurrido en la determinación de la sanción y reducir ésta a \$10.947.032; al segundo, por efecto de la disminución de las mismas “ventas” y de las presuntamente efectuadas a E. R. Squibb and Sons Int. Corp. (fijadas únicamente en \$416.009, para un acumulado de “ventas omitidas” en la declaración de renta, de \$33.721.520), y la reliquidación de la sanción a \$21.581.773.

LAS DEMANDAS

De los “hechos”, en materia del impuesto sobre las ventas, se extracta:

1. En la Sección “estado de ganancias y pérdidas”, “ingresos” y el renglón 176 de la declaración de renta, concordantes con el renglón 7 de la declaración anual de ventas, según conciliación acompañada a ésta, la sociedad informó la totalidad de sus ingresos brutos por 1985 (\$514.904.208), subclasificándolos en los renglones 154, 156, 158, 159, 174 y 175, con la información tributaria requerida por el Decreto 3410 de 1984 presentada en los anexos 15 y 16.

2. Con base en las actas de visita levantadas por funcionarios de las Administraciones de Impuestos de Medellín, Bogotá y Cali, ésta produjo el requerimiento especial #0031 de 2 de mayo de 1988, que propuso adicionar las “ventas gravables” (por \$68.927.849) y aplicar la sanción (por \$11.028.456), habiéndose establecido en el mismo, las “ventas omitidas”, así: A Macdonald de Colombia, S. A. \$26.612.367; a Yardley de Colombia, S. A. \$12.355.849; a Cogra Lever, S. A. \$36.332.704; a I.C.I. (Export) Limited, \$14.980542; y a Chesebrough Ponds Int. Ltda., \$1.269.799.

No obstante, la confrontación de cifras entre las actas de inspección y la declaración de renta, sólo se hizo con respecto al anexo 15 de ésta, cuyo valor figuraba en el renglón 174 de la misma; como las partidas tomadas de las actas sumaban \$91.551.261 y las del anexo 15, \$22.623.412, la liquidación oficial concluyó que había una diferencia de \$68.927.849.

La resolución del recurso, a partir de las mismas actas y de los datos anotados en los anexos 15 y 16 (renglones 154 y 156), pero con cifras diferentes de las propuestas en el requerimiento y la liquidación de revisión y discutidas entonces, replanteó la diferencia por “ventas omitidas”, así: a Macdonald de Colombia, S., A. \$66.911.676; a Yardley de Colombia, S. A.,

\$22.111.765, y a Cogra Lever, S. A. \$93.737.454, para un total de \$199.011.436 que, contra el valor informado en el renglón 15 de la declaración (\$22.623.412), arrojó la nueva diferencia de \$33.306.511, desconociéndose la prueba documental allegada por la sociedad en el proceso gubernativo y su derecho de defensa, toda vez que respecto de cada una de las aludidas sociedades se habían justificado plenamente las diferencias establecidas.

Como preceptos violados, se indican los siguientes:

1. El artículo 46 de la Ley 52 de 1977, en cuanto la resolución del recurso gubernativo, respecto de la adición de las ventas gravables se basa en cifras que no habían hecho parte del requerimiento o la liquidación.

2. El artículo 32, inciso 1º, *ib.*, pues el mayor tributo y la sanción determinados, no se fundan en hechos demostrados en el proceso, ni se desvirtúan las pruebas de que se hizo acopio en éste.

3. El artículo 33 *ib.*, porque en la determinación del impuesto y la aplicación de la sanción, se consideraron falsos los datos de la declaración del período, sin que se pudiera decir que a la sociedad se hubiera solicitado una comprobación especial o que la ley la exigiera, ya que aquella había cumplido oportunamente los requisitos señalados en las normas tributarias en relación con los ingresos declarados, pretendiéndose, por ello, una comprobación imposible: “que demuestre que no es cierto lo que otros dicen de ella”.

4. El artículo 3, literal f), *ib.*, por habersele negado a la sociedad la oportunidad para aclarar las dudas que condujeron a una incorrecta determinación del tributo, pues se la acusó de omitir ingresos gravables, con apoyo en informaciones de terceros, sin suministrársele los datos y documentos obtenidos por la Administración que hicieran posible el derecho de defensa.

5. El artículo 31 *ib.*, porque en la resolución del recurso se determinan el impuesto y la sanción, demeritándose las pruebas aducidas, con informaciones que no fueron materia del requerimiento y la liquidación oficial, y se duplica la suma correspondiente a los servicios prestados a Yardley de Colombia, S. A. (\$4.875.808), a más de imponerse la sanción sobre adiciones del ingreso jamás probadas y desconocerse las pruebas oportunamente allegadas.

6. El artículo 62 del Decreto 1651 de 1961, supuesto que, ante la ausencia de pruebas aportadas por la Administración, cualquier duda se debía resolver en favor de la contribuyente.

SECCION CUARTA

7. El artículo 26 de la Constitución Nacional, por ignorarse el debido proceso y el derecho de defensa.

Los “hechos” de la demanda, en materia del impuesto sobre la renta, son similares a los expuestos antes, con las obvias variaciones en lo concerniente al detalle de conceptos y cifras.

Dice, así, que la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, con base en actas de inspección tributaria producidas respecto de algunos clientes de la sociedad, libró el requerimiento especial #0994 de 15 de marzo de 1988, que estableció las “ventas omitidas”, referente a Macdonald de Colombia, S. A., Yardley de Colombia, S. A., Cogra Lever, S. A. I.C.I. (Export) Limited y Chesebrough Ponds Int., en cifras iguales a las señaladas por el requerimiento previo a la liquidación del impuesto sobre las ventas, y en relación con la sociedad E. R. Squibb and Sons Int. Corp. en suma de \$3.659.173; pero que la comparación entre las cifras de las actas y las de la declaración de renta, solo se hizo, en el caso de las cinco primeras sociedades citadas, con el anexo 15 de la declaración, y en el de la última, con el anexo 16; y que, dado que las partidas extraídas de las actas sumaban \$95.210.437, y las de los anexos, \$25.178.576, se asumió, en la liquidación oficial, que existía una diferencia de \$70.031.861.

Igualmente, que la resolución del recurso remitió a las mismas actas de inspección y aceptó los valores consignados en los anexos 15 y 16 de la declaración, sin embargo de lo cual tomó cifras distintas de las precisadas por el requerimiento y la liquidación oficial (Macdonald, \$66.911.876; Yardley, \$22.111.765; Cogra, \$93.737.454; E. R. Squibb, \$4.445.173), totalizándose su valor en \$203.456.609 que, contra las partidas de los renglones 15 y 16 citados, que sumaban \$169.735.089, dio el nuevo guarismo de ingresos añadidos a los declarados, es decir, la cantidad de \$33.721.520, planteándose a la contribuyente, “cifras totalmente diferentes, con lo cual se le modificaba el objeto de la controversia y se le negaba arbitrariamente el derecho de defensa en la vía gubernativa”, no obstante la prueba documental esgrimida que justificaba, frente a cada uno de sus clientes, las diferencias establecidas.

Los preceptos que se dicen infringidos, con sus correspondientes conceptos de violación, son los mismos expresados en la demanda contra los actos de determinación y discusión del impuesto sobre las ventas, excepto por el artículo 3º, letra f), de la ley 52 de 1977, no invocado en la segunda demanda, y el 44 del Decreto 2503 de 1987, que se cita en ésta, por haberse sancionado hechos supuestamente no contemplados en la norma como sancionables.

LA SENTENCIA APELADA:

En primer lugar, advierte que las cifras que, en el requerimiento especial y la liquidación de revisión de los impuestos de ventas y renta por 1985, se tomaron para adicionar los respectivos ingresos, no corresponden a las establecidas por la Administración en las resoluciones del recurso gubernativo, que son “más elevadas”, lo que habría ocasionado, “que no se le dé el mérito de plena prueba a la inspección ocular practicada por la Administración Tributaria a las diferentes entidades, con las cuales tuvo transacciones la sociedad actora...”.

En segundo lugar, precisa que practicada en el juicio, a solicitud de la actora, inspección judicial de su contabilidad con intervención de peritos contadores, se estableció que las ventas efectuadas por aquella a las sociedades Macdonald de Colombia, S. A., Yardley de Colombia, S. A., Cogra Lever, S. A., y Chesebrough Ponds Int., S. A., lo habían sido, en su orden, por \$58.707.062, \$17.268.897, \$88.477.701 y \$1.251.701, no registrándose operaciones con I.C.I. (Export) Limited; que las partidas asentadas como ingresos recibidos para terceros, según la cuenta número 511 “otras cuentas por pagar”, sumaban \$4.784.231; y que las partidas contabilizadas como “otros ingresos”, bajo la cuenta número 850, correspondían a “intereses recibidos” (\$9.587.656), “corrección monetaria” (\$39.451) y reclasificaciones por “recuperación de deducciones” (\$124.981) y “gastos” (\$688.446), para un total de \$10.315.553.

Del mismo modo, que no habiendo pedido la demandante, con ocasión de la práctica de dicha prueba, la verificación de las transacciones realizadas con E. R. Squibb and Sons, en lo atinente al impuesto sobre la renta, se debía mantener la determinación por la Administración al respecto.

Estima, en consecuencia, que las pruebas en que fundó la Administración la determinación de los impuestos de ventas y renta discutidos, no daban pie para deducir las irregularidades reportadas, ni para aplicar sanción por inexactitud respecto de la liquidación del impuesto sobre las ventas, por haberse desvirtuado íntegramente su base, pero sí para sostener parcialmente la que hacía relación al impuesto sobre la renta, por no haberse desvirtuado la adición por las ventas hechas a E.R. Squibb and Sons.

EL RECURSO DE APELACION

Niega que el experticio contable practicado en la instancia del juicio, desvirtúe la actuación administrativa, o tenga valor de plena prueba, dado que la omisión de ventas e ingresos fue establecida con apoyo en la propia

SECCION CUARTA

contabilidad de la investigada y de las sociedades de las que se habían percibido aquellos, y que por sí solo el peritaje, “corroboró únicamente que el contribuyente solo registró ventas e ingresos sobre cantidades que el propio interesado ha querido establecer, pues no es posible desconocer que la omisión detectada por las autoridades de impuestos, se estableció mediante cruce contable con terceros que tenían transacciones comerciales con la sociedad demandante, y desde ese punto de vista la sola contabilidad de la parte interesada no es suficiente para considerar como sin ninguna importancia lo investigado tributariamente...”.

LOS ALEGATOS

La parte demandante sostiene que el valor probatorio de los medios recaudados por la Administración es precario, pues, como se dijo en la sentencia, “éstas ‘no cumplieron su objetivo por cuanto del estudio de ellas se establecen inconsistencias’...”, inconsistencias que se referirían a que la resolución del recurso gubernativo determinó la adición de las ventas del ejercicio, con base en datos que no hicieron parte del requerimiento y la liquidación oficial, con violación de los artículos 32, inciso 1º, y 46 de la Ley 52 de 1977: con referencia al valor de las inspecciones tributarias, transcribe un aparte de la sentencia de la Sala de 24 de agosto de 1990.

Resalta, igualmente, el hecho de que el experticio contable de instancia se hubiera practicado con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley para su eficacia, que harían del mismo una prueba suficiente y plena, punto sobre el que reproduce apartes de la sentencia de la Sala de 21 de Octubre de 1983.

A su turno, la demandada afirma que *el a quo* no tuvo en cuenta los cruces de información realizados por la Administración con clientes de la demandante, limitándose al examen del aludido peritaje, y que en su actuación, aquella se ajustó a derecho, con estricto espíritu de justicia y equidad, tanto en la expedición del requerimiento especial como en la práctica de la liquidación de revisión y la decisión del recurso.

Y que no podía el Tribunal tomar en consideración sólo la contabilidad de la actora, porque en ésta no figura la omisión de ventas o ingresos, comprobada mediante los cruces con otras compañías, careciendo, así, la pericia contable en cuestión de eficacia suficiente para desvirtuar las glosas en controversia, debiendo, de otro lado, reflejar la contabilidad el verdadero movimiento del negocio y coincidir en sus asientos y registros con los de las sociedades con las cuales realiza transacciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los requerimientos especiales y las liquidaciones de revisión, producidos con respecto a los impuestos de ventas y renta discutidos, es perceptible claramente, según lo alegado en la demanda, que la Administración planteó, como específicamente cuestionados por omisión, sólo una fracción de los ítems y guarismos que, con el carácter de ventas e ingresos no declarados en el período, habían reportado las actas de inspección tributaria practicadas a las sociedades clientes de la demandante, fracción que resultaba, así mismo, notoriamente inferior a las ventas e ingresos efectivamente denunciados por ésta en sus declaraciones de ventas y renta, excepto por las adquirentes Chesebrough Ponds Int, Ltd. e I.C.I. (Export), Ltd., pues, referente a la primera, sólo se habían declarado ingresos por \$1.251.265, contra la cantidad de \$1.269.799 establecida en la respectiva acta, y en cuanto a la segunda, ninguno, no obstante el informe por \$15.160.308 del acta de visita correspondiente a dicha sociedad.

Igualmente es manifiesto que, tanto los requerimientos como las liquidaciones, al cotejar las cifras de las actas con las de las declaraciones de la demandante, se basaron en el denominado anexo # 15 de la declaración de renta (folios 62, cuaderno principal), donde ésta había registrado en general las ventas de materia prima e insumos, prescindiendo de la información contenida en el anexo # 16 (folio 63 *ib.*), relativa al importe de ingresos por servicios y otros ítems.

Y, del mismo modo, que las providencias mediante las cuales se desataron los recursos de la vía gubernativa, se sustentaron en el análisis total de actas y anexos.

Dado que, por lo previsto en las normas tributarias vigentes, en especial, los artículos 30, letra f), 32, 42 y 46 de la Ley 52 de 1977, de las conclusiones de las actas de inspección sólo podía tener conocimiento la demandante en virtud de la notificación de los requerimientos especiales, es palmario que el debate gubernativo se debía contraer a las modificaciones de las liquidaciones privadas proyectadas por éstos, pues no era lícito que por causa de los protuberantes errores de los funcionarios fiscalizador y liquidador y con el fin implícito de sanear tales actuaciones, se pretendiera atribuir a las resoluciones de los recursos el carácter de requerimientos o ampliaciones de los mismos del que carecían y que, por supuesto, acusarían ostensibles inconsistencias con los ítems y guarismos de las propias liquidaciones oficiales, aparte de no ofrecer a la reclamante, al menos en la vía gubernativa, ninguna garantía de su derecho de defensa.

SECCION CUARTA

En cuanto al dictamen pericial emitido en la primera instancia del juicio, cabe precisar que el hecho de que el mismo versara, naturalmente, sobre los mismos libros y comprobantes contables de la actora, objeto de inspección tributaria anterior, en modo alguno demeritaba su eficacia probatoria pues, según lo dicho por la Sala en varias providencias, las actas de inspección tributaria, o aun los propios experticios practicados por contadores, carecen de fuerza para descalificar *a perpetuidad* la contabilidad de los obligados a tenerla.

De otra parte, enfrentados los libros de la accionante a los de sus clientes, todos ajustados a la ley, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, pero con asientos discordantes, debe preferirse la prueba emanada de los primeros, conforme a la regla 2ª. del artículo 70 del Código de Comercio, según la cual, en la hipótesis enunciada, “se decidirá teniendo en cuenta que los libros y papeles de comercio constituyen una confesión”.

En efecto, uno de los requisitos esenciales de la confesión, a términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, es el de que ésta, “verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”; y como el hecho de contabilizar y declarar ingresos, deriva en efectos tributarios adversos para quien los contabiliza o declara, por el mayor impuesto que ello podría implicar, mientras que para los clientes de la actora, la contabilización y declaración de compras de materia prima, insumos o servicios a aquella, cuyo principal objetivo es el castigo de los ingresos netos y la renta bruta, con la correlativa reducción de la base imponible y del impuesto, resultarán nítidamente favorables a los propósitos impositivos de los contabilizantes o declarantes, en forma que no cabría entender sus asientos y registros contables en el punto, como una “confesión” de costos y expensas.

Adicionalmente, la Sala advierte que en las extensas resoluciones de los recursos no obran argumentos fundamentales que objetivamente desvirtúen la prueba documental acompañada a los escritos de contestación de los requerimientos e interposición de los recursos, razón de más para concluir que los funcionarios que se ocuparon de éstos, no solamente pretendieron enmendar o “ampliar” ilegalmente los requerimientos administrativos mal o parcialmente formulados, sino que resolvieron exclusivamente con apoyo en las pruebas presentadas por la Administración, en contravía, entre otros, de los artículos 31 y 32 de la Ley 52 de 1977, 57 y 59 del Decreto 01 de 1984, y 174, 175 y 187 del Código de Procedimiento Civil.

En conclusión, independientemente de la eficacia de la prueba documental no valorada en la vía gubernativa, debe tenerse el experticio contable practicado en el juicio, como prueba suficiente de haber declarado la demandante las ventas e ingresos a que estaba obligada, con las salvedades que se hicieron en el fallo recurrido, el cual merece su confirmación.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada.

Los doctores Gustavo Zafra Roldán, por la parte demandante, y María Cristina Ramírez Londoño, por la demandada, tienen personería para obrar en nombre de sus representados.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sección. *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Consuelo Sarria Olcos*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IVA EN SERVICIOS / SERVICIO EXCLUIDO / SERVICIO DE PUBLICIDAD / SUSPENSION PROVISIONAL

No puede producir las mismas consecuencias el sistema utilizado por la ley que es de referirse al objeto del gravamen y correlativamente a los objetos excluidos del mismo, que el criterio del reglamento que se desarrolla refiriéndose a los sujetos responsables, o sea a quienes realizan el objeto gravado o excluido; cierto es que los ingresos de las agencias de publicidad solamente están exentos los de servicios de publicidad, pero ello no excluye que los recibidos por igual concepto por empresas de objeto diferente, también lo sean. Porque la ley se refiere al servicio (objeto) y el reglamento a quien los presta (sujeto) y este enfoque diferente puede conducir a soluciones contrarias a la ley, que no alcanzan a descubrirse por el momento.

Confirma la suspensión provisional de algunas expresiones del artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 1372 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente 4503.

Autoridades Nacionales. Auto.

Actora: Ligia Sarmiento de Peña.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público por intermedio de apoderada judicial interpone el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, en cuanto éste ordenó la suspensión provisional solicitada por la actora de algunas expresiones del artículo 9º del Decreto reglamentario 1372 de 1992.

Estima la recurrente que no se da la contradicción entre el texto de la Ley 6ª de 1992 que modificó al artículo 476 del Estatuto Tributario y el reglamento acusado 9 del D. R. 1372 de 1992, en síntesis por lo siguiente: la ley señaló de manera general los servicios excluidos del impuesto a las ventas IVA así como también señaló de manera general como responsables a los sujetos que prestan los servicios. El reglamento se limita a precisar que en el caso de las agencias de publicidad los excluidos son solamente los ingresos por servicios de publicidad y no otros, así como los ingresos que perciban por venta o alquiler de espacios en los medios de radio, prensa y televisión, teniendo en cuenta que “la publicidad se realiza a través de los distintos medios de comunicación masiva, esto es, la radio, la prensa y la televisión.

“Entonces, dice al referirse el reglamento a los ingresos que perciban estos medios por la venta o alquiler de espacios con fines publicitarios, está precisando el alcance y aplicación de la ley” sin incurrir en la alegada violación.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Las explicaciones y argumentos de la recurrente muestran que el criterio orientador utilizado en la redacción del reglamento fue el de precisar que en las agencias de publicidad lo excluido del impuesto, no las autoriza para extender a otros servicios como los ofrecidos “para la confección del producto publicitario”.

Sin apartarse de que esta conclusión pueda estar ceñida a la ley, lo que observó la Sala desde un principio es que no puede ser igual o producir las mismas consecuencias, el sistema utilizado por la ley, que es el de referirse al objeto del gravamen y correlativamente a los objetos excluidos del mismo, que el criterio del reglamento, que se desarrolla refiriéndose a los sujetos responsables, o sea, a quienes realizan el objeto gravado o excluido.

No es del todo cierta la afirmación de que la publicidad se realiza a través de los medios de comunicación masiva como la radio, la prensa y la televisión, pues existen otros medios o sistemas como las circulares u ofertas personales por correo o por teléfono, las vallas publicitarias, el obsequio de muestras, etc., como tampoco constituye la publicidad actividad exclusiva o de monopolio de las agencias de publicidad, puesto que empresas de otro objeto puede eventualmente prestar servicios de publicidad a otras.

Cierto es que los ingresos de las agencias de publicidad, solamente están exentos los de servicios de publicidad, pero ello no excluye que los recibidos por igual concepto por empresas de objeto diferente, también lo sean. Porque

SECCION CUARTA

la ley se refiere al servicio (objeto) y el reglamento a quien lo presta (sujeto) y este enfoque diferente puede conducir a soluciones contrarias a la ley, que no alcanzan a descubrirse por el momento, y es por ello que la Sala considera procedente suspender en forma provisional los apartes acusados, mientras en el curso del proceso se dilucida dicho punto de controversia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confirmase el auto recurrido.

Se reconoce a la doctora Elizabeth Whittingham García como apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme al poder conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ANTICIPO DE IMPORRENTA / LIQUIDACION PRIVADA / LIQUIDACION DE REVISION / PRINCIPIO DE ANUALIDAD TRIBUTARIA

Indudablemente la determinación del anticipo debe hacerse sobre la liquidación privada del impuesto pero no en la liquidación de revisión sobre el impuesto definitivo por las siguientes razones:

1. Porque evidentemente una vez transcurrido el término que tiene el contribuyente para presentar la declaración de renta por una vigencia gravable, sumado el plazo de que goza la administración para practicar la liquidación de revisión, la situación económica del contribuyente para la vigencia gravable siguiente a la declarada ha dejado de ser hipotética o incierta.

2. Porque la liquidación de revisión solo puede comprender el período gravable correspondiente y en manera alguna dada la independencia de las anualidades fiscales el acto administrativo puede abarcar vigencias distintas.

3. Porque la liquidación oficial se efectúa con base en hechos que aparezcan en el expediente, mientras que el anticipo es un cálculo hipotético sobre hechos futuros.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expediente número 4454.

Apelación de la sentencia del 10 de agosto de 1992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal.

SECCION CUARTA

Renta año gravable 1985. Fallo.

Actor: Seguros Comerciales Bolívar S. A. NIT 60.002.180.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 10 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de restablecimiento del derecho promovido por la Sociedad Seguros Comerciales Bolívar S. A. NIT 60.002.180, contra los actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1985, a saber: la Liquidación de Revisión número 010 de 12 de agosto de 1988 y la Resolución número A-000081 P de 7 de septiembre de 1989, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Mediante requerimiento especial número 110 de 4 de mayo de 1988 la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, propuso a la contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia del rechazo de costos y deducciones proporcionales a los dividendos para efectos de la determinación de la renta líquida presunta, de acuerdo con lo ordenado por los artículos 15 de la Ley 9ª de 1983 y 2º, 3º y 4º del Decreto 353 de 1984.

Proposición que concretó en la liquidación de revisión número 010 de 12 de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en la cual, además, incrementó el anticipo del año siguiente, como consecuencia de los nuevos valores fijados en la liquidación oficial.

La actora interpuso oportunamente recurso de reconsideración mediante memorial presentado el 12 de octubre de 1988, y la administración lo decidió mediante la Resolución número A-000081 del 7 de septiembre de 1989, mediante la cual no accedió a decretar la nulidad pedida por el contribuyente y confirmó la liquidación recurrida.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho acudió la sociedad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusando al acto administrativo de incurrir en violación de los artículos 20 de la Constitución Nacional; 3º del Código Contencioso Administrativo; 712 y 730 del Estatuto Tributario (antes artículos 49 y 57 de la Ley 52 de 1977); 807 del Estatuto Tributario (antes artículos 94 de la Ley 9ª de 1983); 744 del Estatuto Tributario, y 4º del Decreto Reglamentario 353 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda, considerando que:

1. Con relación a la determinación de la renta presunta era aplicable el artículo 17 de la Ley 09 de 1983, conforme con el cual los dividendos debían agregarse al valor de la renta presunta determinada sin sufrir depuración alguna.

2. Que el anticipo era una forma de recaudo de un impuesto que si bien no se ha causado, según la ley debe liquidarse de una manera formal y que por consiguiente si se modificaron las bases del año gravable consecuentemente debió modificarse el anticipo.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia del Tribunal insiste en el derecho al reconocimiento de los costos y deducciones imputables a los dividendos de acuerdo con el inciso 2º, literal a) del artículo 4º del Decreto Reglamentario 353 de 1984, y en la nulidad del acto administrativo en cuanto determinó un mayor valor del anticipo para el año siguiente, con transgresión del artículo 712 del Estatuto Tributario.

Cita en apoyo el concepto 9911 de 1989 de la Dirección General de Impuestos Nacionales, el que parcialmente transcribe. Pide se revoque la sentencia y se acceda a las súplicas de la demanda.

OPOSICION A LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la sociedad apelante, acusándola de hacer en los argumentos expuestos, una libre interpretación del fallo proferido por esta Corporación el 22 de febrero de 1992, para sacar conclusiones que implicarían la imputación de doble costo y deducciones sobre un mismo concepto como es la renta por dividendos.

Que de otra parte, si existían costos imputables a los dividendos la sociedad debía estar en capacidad de comprobarlos, sin que sea válido alegar imposibilidad para hacerlo, por las razones expuestas a la compañía en la Resolución número 000081 del 7 de septiembre de 1989 que decidió el recurso gubernativo, las cuales reitera.

SECCION CUARTA

Considera que tanto el Decreto 353 de 1984 como la Ley 9ª de 1983, exigían que para el caso de determinarse la renta líquida por el sistema de renta presuntiva debía sumarse el valor de los dividendos, los cuales podían, según el decreto reglamentario afectarse con costos y deducciones en la medida en que fueran directamente imputables a los mismos, siempre que la sociedad los demostrara, pero que anulada la norma reglamentaria por exceso de potestad reglamentaria, debe darse plena aplicación al artículo 17 de la Ley 9ª de 1983.

Con relación al anticipo, expone que éste debió liquidarse como consecuencia de la determinación impositiva oficial, sin que ello implique que la administración pretenda nuevamente su exigibilidad, independientemente de que hayan causado intereses de mora por el no pago oportuno del anticipo debido.

MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante lo Contencioso, no intervino en el presente negocio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto relacionado con la determinación de la renta presunta bien con base en el patrimonio, bien con base en los ingresos y la adición de la misma con el valor de los dividendos, fue precisado por esta Corporación en la sentencia del 20 de noviembre de 1992, expediente 3991, actor Corporación Financiera de Santander, en donde con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate, dijo la Sala:

“De conformidad con los artículos 15 y 17 inciso 2º de la Ley 9ª de 1983, cuando la renta del contribuyente se determine en forma presuntiva bien sobre los ingresos netos del contribuyente, bien sobre su patrimonio, al mayor valor así determinado debe agregarse el monto de los dividendos que le sean pagados o abonados en cuenta en calidad de exigibles al contribuyente. Este mecanismo se explica porque previamente del patrimonio se excluyen las acciones y de los ingresos los dividendos, con lo cual el sistema de presunción de renta queda depurado de la influencia de la inversión en acciones, o lo que es igual, ésta no se somete al sistema de presunción sino al de ingreso real.

“Por ello, para el efecto el artículo 4º del Decreto 353 de 1984, ordenó, que el valor de los ingresos así determinados (incluidos en ellos los dividendos), se pudieran afectar previamente con los costos y deducciones imputables a tales ingresos.

“Es decir, que permitió la ley que al monto de los dividendos, renta de capital por excelencia, que consiste en el rendimiento o utilidad generado por un capital invertido en acciones, se le descontaran los costos imputables a los mismos.

“Ciertamente la obtención de dichos rendimientos de capital no requiere costo o deducción directamente imputables a los mismos pues a lo sumo tendrían tal carácter las comisiones de cobro pagadas a algún agente. Tan evidente es este hecho, que la propia contribuyente al observar la inexistencia de gastos directos imputables, pretendió aplicar el procedimiento establecido en el inciso 2º del literal a) del artículo 4º que consagra la deducibilidad de expensas ‘comunes’, esto es, gastos generales que afectan a todos los ingresos. Dice la norma invocada:

“...Cuando existían deducciones que por naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos, sólo se podrán afectar los ingresos de que trata este artículo con el resultado que se obtenga de multiplicar el monto de las deducciones comunes por el porcentaje que representen los ingresos netos excluidos dentro de los ingresos netos totales del contribuyente...”.

“Considera la Sala que los pagos por intereses, efectuados por la sociedad contribuyente por naturaleza no son comunes, con los demás ingresos, ni proporcionales para la obtención de dividendos, ni tienen relación de causalidad directa con su producción. Y menos aún puede admitirse que a los dividendos declarados por \$107.500.494 le sea imputable el 90.58% de los gastos a título de ‘comunes’, porcentaje que a todas luces resulta desproporcionado, y en abierta contradicción con el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, que exige que las expensas realizadas en el año o período gravable sean necesarias y proporcionadas con cada actividad. La Sala comparte la observación de la Procuradora Delegada en el sentido de que el gasto de intereses por captaciones del público puede relacionarse directamente con los ingresos por colocaciones porque esa es la operación financiera propia y normal de la Corporación, pero no está demostrado que sea gasto directo o común con la obtención de dividendos o generado en créditos para compra de acciones...”.

La situación allí analizada es idéntica a la que ahora se debate, pues las deducciones solicitadas por \$7.183.671 como directas no guardan la relación causa-afecto exigida por la ley, y por lo tanto no pueden admitirse como costo o gasto directo necesario para la obtención de dividendos.

SECCION CUARTA

Tampoco es admisible el reconocimiento de gastos comunes para afectar los dividendos, que deben sumarse al cálculo de renta presuntiva ya que el artículo 17 de la Ley 9ª de 1983, no permita efectuar tal imputación y el artículo 4º, numeral 3º, literal a) del Decreto Reglamentario 353 de 1984, aunque no fue anulado, resulta inaplicable por referirse a la determinación de la base del cálculo de la renta presuntiva de que trata el artículo 3º, del cual el numeral 1º, referido a los dividendos quedó anulado, de ahí que la sentencia del 22 de febrero de 1991 con relación a él precisó:

“Conforme a las disposiciones demandadas transcritas, al tratar la anulación del ordinal 1º del artículo 3º del Decreto Reglamentario 353/84, la norma sustantiva, artículo 17 de la Ley 9ª/83, ordena que los dividendos provenientes de sociedades anónimas y asimiladas colombianas, deben restarse de los ingresos netos para la determinación de la renta presuntiva y dicho artículo 3º, ordinal 1º, hace extensivo el beneficio a sociedades de cualquier naturaleza e incluye las participaciones no señaladas por la norma sustantiva.

“Sin embargo, no es por ello pertinente anular el numeral 3º del artículo 4º, porque debe siempre prevalecer lo dispuesto en la norma legal”.

En consecuencia la sentencia de primera instancia que así lo precisa merece confirmación en este aspecto.

NULIDAD POR LIQUIDACION DE ANTICIPO

La sociedad contribuyente considera que con la determinación del anticipo en la liquidación de revisión, se incurrió en violación del artículo 49 de la Ley 52 de 1977 (hoy artículo 712 del Estatuto Tributario), porque esta norma al señalar los factores que debe contener la liquidación de revisión no incluyó la determinación del anticipo para año posterior al gravable, que como tal correspondió a una vigencia diferente a la de la liquidación oficial, y que además para la fecha, el impuesto correspondiente a esta otra vigencia fiscal ya estaba cancelado.

La Sala en anterior oportunidad al tratar el tema, precisó que el anticipo se fundamenta en un hecho hipotético pero posible de suceder, pues presume la ley que el declarante tendrá en el ejercicio siguiente al año gravable una situación económica similar a la declarada, y que el patrimonio y los ingresos del contribuyente corresponderán por lo menos a unas bases gravables que representen un tributo del 75% del liquidado por el contribuyente para el año gravable.

Este anticipo por imperativo de la ley, vigente entonces (artículos 17 de la Ley 38 de 1969 y 94 Ley 9ª de 1983), debía liquidarse con base en el impuesto de renta determinado en la liquidación privada, se liquida a título de impuesto de renta del año gravable siguiente al declarado, y se recibe por la Administración Tributaria en el año fiscal en que se determina con cuantificación real de los recursos económicos del sujeto pasivo de la obligación, imputación al impuesto que en definitiva resulte a cargo del contribuyente por el año gravable a que corresponda y cuando su determinación y pago no se haga en los términos que prescribe la ley, esto es, base gravable declarada, tarifa y oportunidad, en general los recargos y sanciones que la misma ley prevé.

El anticipo, como lo ordena el artículo 17 de la Ley 38 de 1969 debía agregarse al total liquidado en la liquidación privada, valor que el artículo 94 de la Ley 9ª de 1983; calificó como pago que debe hacerse a "título de anticipo" del impuesto de renta del año siguiente, originándose así un manejo administrativo de cuenta corriente, para imputar el pago anticipado al impuesto del ejercicio.

No queda duda entonces que el "anticipo" forma parte de la liquidación privada del contribuyente, tanto que la mora en su pago genera intereses en igual forma que la causa al no pago oportuno del impuesto. Así mismo la equivocación que en su liquidación incurra el contribuyente, puede ser corregida por la administración.

Pero indudablemente, la determinación del anticipo debe hacerse sobre la liquidación privada del impuesto pero no en la liquidación de revisión sobre el impuesto definitivo por las siguientes razones:

1. Porque evidentemente una vez transcurrido el término que tiene el contribuyente para presentar la declaración de renta por una vigencia gravable, sumado el plazo de que goza la Administración de Impuestos para practicar la liquidación de revisión la situación económica del contribuyente para la vigencia gravable siguiente a la declarada ha dejado ser hipotética o incierta, pues ya ha fenecido el ejercicio impositivo, ya se ha presentado o ha debido presentarse la declaración de este otro ejercicio y cuantificado, por lo menos privadamente el impuesto, caso en el cual la presunción establecida por la ley, "de ingreso futuro", ha desaparecido para dar paso a una cuantificación real de los hechos económicos del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

2. Porque la determinación del anticipo no puede hacer parte de la liquidación de revisión, ya que ésta sólo puede comprender de acuerdo con

SECCION CUARTA

el proveído del artículo 49 de la Ley 52 de 1977 vigente entonces (hoy artículo 712 del Estatuto Tributario), el período gravable correspondiente, y no hay duda que el período fiscal por el cual se practicó la liquidación acusada es 1985, es distinto del de 1986 y en manera alguna, dada la independencia de las anualidades fiscales el acto administrativo puede abarcar vigencias distintas.

3. Porque precisamente el acto administrativo de determinación de impuestos que constituye la liquidación oficial del impuesto se efectúa con base en los hechos probados que aparezcan en el expediente, mientras que el anticipo es un cálculo hipotético sobre hechos futuros.

No hay duda entonces que cuando la Administración de Impuestos en el acto administrativo de liquidación oficial del tributo de 1985 (liquidación de revisión No. 010 de 12 de agosto de 1988) determina un anticipo fiscal para el año de 1986, incluyéndolo como factor de liquidación de revisión, excede la voluntad de la ley y por lo tanto debe anularse en lo pertinente.

Procede en consecuencia declarar que la liquidación de impuestos del contribuyente es la siguiente:

Concepto Base		Impuesto
Renta líquida gravable		
Liquidación oficial	\$112.417.857	\$44.967.143
Descuentos tributarios		11.383.847
Total impuesto de renta a cargo		\$33.583.296
Menos retenciones en la fuente, reconocidas en la liquidación oficial.		805.214
Total a pagar		\$32.778.082

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

FALLA:

1. *Revócase* el numeral 1º de la sentencia apelada.

2. *Anúlase* parcialmente la liquidación oficial de revisión número 010 del 12 de agosto de 1988 y la Resolución número 000081 del 7 de septiembre de 1989, que la confirman proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en cuanto determina un anticipo para el año de 1986 por un mayor valor de \$3.870.149.

3. *Fíjase* en la suma de treinta y tres millones quinientos ochenta y tres mil doscientos noventa y seis pesos (\$33.583.296) el valor total del impuesto sobre la renta que por el año gravable de 1985 corresponde pagar a la Sociedad Seguros Comerciales Bolívar S. A. NIT 60.002.180, sobre el cual la Administración de Impuestos Nacionales acreditará el valor de las retenciones en la fuente, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

4. *Reconócese* a la doctora Sandra Consuelo Rodríguez Almanza, como apoderada de la entidad demandada, a términos del poder que obra a folio 163 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos/SUSTRACCION DE MATERIA / SENTENCIA INHIBITORIA

Si bien en algunas oportunidades se ha estimado que el efecto retroactivo propio de los fallos de la jurisdicción, exige un pronunciamiento aún en relación con actos derogados pero que estuvieron vigentes, ya que en caso de ilegalidad, ésta ha podido producir efectos que serían en consecuencia también ilegales y que por lo mismo, además del interés de la legalidad en abstracto, pudiera dar lugar a contravención que interese a particulares por ella afectados, tal consideración no es predicable en el sub judice, en donde dadas las circunstancias de derogatoria expresa de la norma durante el mismo período fiscal de su vigencia, la falta de publicación, y el carácter general de la disposición permiten deducir que no fue capaz de producir efectos jurídicos. Luego ante tal sustracción de materia solo procede un fallo inhibitorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expediente número 4460.

Actor: Marco Aurelio Cabezas.

Apelación de la sentencia del 23 de julio de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la demandada contra la sentencia del 23 de julio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda y declaró la nulidad del artículo 9º del Acuerdo 19 del 9 de diciembre de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá.

ANTECEDENTES

El día 9 de diciembre de 1987, mediante el Acuerdo número 19 el Consejo del Distrito Especial de Bogotá, expidió el presupuesto de rentas e ingresos y de inversiones y gastos de las entidades descentralizadas y fondos rotatorios del Distrito Especial de Bogotá y dictó otras disposiciones.

El artículo 9º del Acuerdo 19 de 1987, estableció un impuesto con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad, a cargo de los moteles, estaderos, residencias y apartahoteles clasificados como tales por la Secretaría de Gobierno, cuyo valor fijó en \$75.000 mensuales por cada habitación.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad el ciudadano Marco Aurelio Cabezas, demandó el artículo 9º del Acuerdo mencionado, acusándolo de violar ostensiblemente los artículos 43 y 97 de la Constitución Nacional entonces vigente, porque encontrándose el país en tiempo de paz, sólo el Congreso de la República tiene la facultad de establecer tributos, y no se había expedido ninguna ley creando o autorizando la contribución municipal de vigilancia y seguridad, por lo tanto el Concejo Municipal carecía de competencia para crearla, y además, no se sometió a los requisitos exigidos por el Código Fiscal en lo relacionado con el presupuesto de las entidades descentralizadas, para la creación de nuevas rentas o recursos y la modificación de las tarifas existentes.

Pedida la suspensión provisional ante el *a quo*, éste la decretó mediante el auto de mayo 27 de 1988 al considerar que sí existía la violación del ordenamiento superior de las normas invocadas en la demanda. No obstante, apelado el auto, esta Corporación mediante providencia del 14 de septiembre de 1990, revocó la suspensión provisional en razón de que habiendo sido derogado el artículo acusado por el artículo 5º del Acuerdo 4º de 1988, no se cumplía el fin perseguido por el legislador al reglamentar la suspensión provisional de los actos administrativos que autoriza la Constitución Nacional, cual es que no se siga produciendo el efecto perturbador de la normalidad jurídica generada por el acto acusado, y por lo tanto no hay lugar a ella en el caso de que los efectos hayan cesado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda y declaró la nulidad del artículo 9º del Acuerdo 19 de 1987, al considerar que

SECCION CUARTA

evidentemente hubo violación de las normas constitucionales invocadas en la demanda porque la facultad impositiva de los municipios no es una atribución primaria sino que está condicionada y subordinada a la Constitución, la ley y las ordenanzas, constituyendo por tanto una competencia restringida conforme al artículo 197 de la Carta Política (hoy 313 numeral 4º de la Constitución de 1991).

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada apela la sentencia, reiterando su petición de fallo inhibitorio por sustracción de materia, por falta de objeto para proferir sentencia, ya que el artículo demandado fue expresamente derogado por el Acuerdo 4º de 1988 y por lo tanto no existe para la vida jurídica.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante lo Contencioso, pide se revoque la sentencia y propicie el fallo inhibitorio, exponiendo "que no parece muy acertado que se propicie una decisión de fondo respecto de un acto que ha dejado de tener vigencia en el tiempo y que por efectos de la irregularidad jurídica ha sido declarado nulo".

Que los actos generales por sí mismos, no pueden generar efectos concretos y de allí también que su nulidad implique el retorno al orden jurídico abstracto y haga absolutamente inocuo un nuevo pronunciamiento jurisdiccional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que tal como lo expresa la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, el artículo 9º del Acuerdo 19 del 9 de diciembre de 1987, que tenía como fecha de vigencia el 1º de enero de 1988, no estaba vigente al momento de fallo de primera instancia por haber sido derogado expresamente por el artículo 5º del Acuerdo No. 4 de 1988.

Tampoco obra dentro del expediente constancia o prueba de la publicación del acto administrativo de carácter general acusado, y por el contrario existe la manifestación expresa del representante judicial del Distrito Especial de Bogotá en el sentido de no haberse publicado jamás el Acuerdo como lo ordena el artículo 12 del Decreto 1333 de 1988.

De otra parte de la disposición acusada, como acto administrativo de carácter general no surge una obligación a cargo de un sujeto cierto, la que solo puede determinarse mediante un acto condición. Por lo que es de presumirse

que no produjo efectos jurídicos concretos, ya que faltando la publicación del acto general, éste no rigió.

Si bien la Sala en algunas oportunidades ha estimado que el efecto retroactivo propio de los fallos de la jurisdicción, exige un pronunciamiento aun en relación con actos derogados pero que estuvieron vigentes, ya que en el caso de ilegalidad, ésta ha podido producir efectos que serían en consecuencia también ilegales y que por lo mismo, además del interés de la legalidad en abstracto, pudiera dar lugar a contravención que interese a particulares por ella afectados, tal consideración no es predicable en el *sub judice*, en donde dadas las circunstancias de derogatoria expresa de la norma durante el mismo período fiscal de su vigencia, la falta de publicación, y el carácter general de la disposición permiten deducir que no fue capaz de producir efectos jurídicos.

Entonces debe concluirse que no existe en el caso *sub judice* materia sobre la cual se resuelva porque el acto acusado se extinguió dada su derogatoria, sin producir efectos jurídicos, ante la falta de publicación y ante tal sustracción de materia sólo procede un fallo inhibitorio; porque como bien precisa el agente del Ministerio Público un fallo de anulación del acto acusado resultaría inane.

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

FALLA:

1. *Revócase* la sentencia apelada.
2. En su lugar *inhibese* para un pronunciamiento de fondo por sustracción de materia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cumplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos

La sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto administrativo sólo afecta aquellas situaciones cumplidas que no se hayan consolidado, bien porque al momento de ser dictada la sentencia se encontraron en discusión ante la autoridad administrativa o bien porque estuvieran demandadas ante la jurisdicción. En lo atinente a materia impositiva se ha expresado que debe considerarse que si bien en principio toda nulidad que se decrete por el Contencioso Administrativo tiene efectos retroactivos, en este evento, tratándose especialmente de asuntos tributarios deberá tenerse en cuenta que las normas impositivas tienen aplicación dentro de determinados períodos fiscales y por ello, así hayan sido derogadas, la nulidad que se ordene no puede afectarlas en cuanto al lapso en que tuvieron vigencia, o sea que debe ser una nulidad con efectos hacia el futuro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1992.

Consejero Ponente: Dr. *Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente número 4476.

Actora: Corporación Financiera de Boyacá S. A.

Apelación de la sentencia de 19 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá (devolución del impuesto de renta de los años gravables 1978 a 1984). Fallo.

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Boyacá, contra la sentencia de 19 de agosto de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá anuló los actos proferidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja que negaron la solicitud de devolución de las sumas

pagadas por la Corporación Financiera de Boyacá S. A., Nit. 891.801.034 por concepto del impuesto de renta de los años gravables 1978 a 1984, más los respectivos intereses moratorios.

ANTECEDENTES:

Según lo indican los actos acusados Corfi Boyacá en septiembre 13 de 1988 formuló solicitud de devolución del monto de lo pagado por concepto del impuesto de renta de los años gravables 1978 a 1984, inclusive, petición que fue negada por Resolución D-007 de diciembre 5 de 1988 en la cual la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja precisó que, si bien el Consejo de Estado por sentencia del 25 de julio de 1986 anuló la expresión “y las sociedades de economía mixta del orden departamental y municipal”, en virtud de la cual el numeral 3º del artículo 2º del Decreto Reglamentario 187 de febrero 8 de 1975 las consideró contribuyentes con la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, cuando la ley (Decreto-ley 1979 de 1974) sólo cobijaba a las sociedades de economía mixta del orden nacional, los efectos de esta decisión jurisdiccional no podían aplicarse a situaciones jurídicas tributarias de períodos anteriores a 1986 ya consolidadas, pues “el haber declarado y pagado los respectivos impuestos, no es más que una circunstancia enmarcada dentro del principio de legalidad, el cual conlleva a que la ley fiscal sustantiva debe ser preexistente a la materialización del hecho imponible”.

Con motivos del recurso de reposición la División de Recursos Tributarios de la mencionada administración por medio de la Resolución número 00027 de 19 de junio de 1989 la confirmó básicamente con el argumento de que la sentencia proferida en virtud de una demanda de nulidad, produce efectos *erga omnes*, pero solo para el futuro, sin tocar los efectos de las situaciones jurídicas individuales o concretas de quienes juntamente con la anulación no hubieren pedido la reparación del agravio causado del derecho privado por el acto anulado.

Agotada la vía gubernativa en la forma descrita la entidad financiera ocurrió en demanda en procura de la invalidación de los actos que negaron la solicitud de devolución de las sumas pagadas, pues fundamentándose en los efectos de la nulidad de la expresión contenida en el numeral 3º del artículo 2º del Decreto 187 de 1975 anulada mediante sentencia de julio 25 de 1986 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, apoyándose para ello en el concepto emitido por la Sala de Consulta y de Servicio Civil de la Corporación en lo referente a los efectos de la declaración de inexecutable de la ley

SECCION CUARTA

(consulta de noviembre 14 de 1969, Consejero Ponente: doctor Alejandro Domínguez Molina).

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal, luego de hacer un recuento de la actuación cumplida por las partes, incluida la del agente del Ministerio Público que se abstuvo de emitir concepto de fondo, accedió a las súplicas de la demanda anulando las resoluciones atacadas con fundamento en apartes de la sentencia de 22 de mayo de 1974, expediente 2013, actor: José Raúl Noguera Solarte, Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla en donde se esboza la teoría de los efectos específicos de la sentencia de inexequibilidad pero sin referirse, como allí se expresa a que en el caso de los efectos de la nulidad debe dejarse a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada (fls. 79-91).

RECURSO DE APELACION:

La apoderada de la Nación -Dirección de Impuestos Nacionales, Unidad Administrativa Especial- en primer término observa que la sentencia contiene un enfoque equivocado porque allí se quiere hacer ver que lo “administrativo es semejante a lo que se produce en la esfera civil”, lo cual es improcedente toda vez que la norma tributaria es una norma especial y se prefiere a la que tenga carácter general.

Señala que se debe hacer una diferencia en el campo del derecho privado, pues la constitución y la ley hablan de derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos por norma posterior, en tanto que en el campo del derecho público administrativo, se habla de prevalencia de las situaciones jurídicas concretas o subjetivas, que no pueden ser desconocidas por norma superior.

Relieva que la ley debe regir hacia el futuro y en ninguno de los dos campos del derecho mencionados puede desconocer, en principio, ni los derechos adquiridos, ni las situaciones jurídicas concretas y subjetivas.

Respecto de la jurisprudencia citada por el Tribunal precisa que si el fallo hubiese analizado en su totalidad el sentido y contenido de la sentencia en que fundamenta su decisión, hubiera llegado a una conclusión diferente.

La apelante cita a favor de sus pretensiones un aparte de la sentencia de mayo 9 de 1983 de la Sección Primera del Consejo de Estado según la cual “será menester que quien intente la nulidad del acto acusado de inconstitucionalidad o ilegalidad demuestre, que dicho acto es contrario a normas jurídicas de carácter superior. De consiguiente, proferido el acto

jurídico teniendo como sustento ciertas facultades legales y constitucionales vigentes para la fecha de su expedición, ha de estarse por su validez presumida hasta cuando la autoridad competente del Estado establezca lo contrario y se pronuncie a favor de la nulidad” (fl. 102).

Seguidamente argumenta que de acuerdo con lo expuesto no basta probar que la norma ha desaparecido de la vida jurídica, sino que se tiene que demostrar que el acto acusado es contrario al nuevo orden jurídico. Que como la norma anulada actualmente tiene vigencia en virtud del artículo 33 de la Ley 75 de 1986 (artículo 13 del Estatuto Tributario) y el único sustento de la demanda fue la nulidad de las Resoluciones 007 de 1988 y 0027 de 1989 por haberse anulado el numeral 3º del artículo 2º del Decreto Reglamentario 187 de 1975, esto no es suficiente toda vez que la demandante estaba en la obligación de demostrar que el acto acusado es contrario al nuevo orden jurídico. Por tanto solicita la revocación de la sentencia impugnada para que consecuentemente queden en firme los actos de la Administración Tributaria que negaron la solicitud de devolución de los impuestos de renta de los años gravables 1978 a 1984, inclusive (fls. 99-103).

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSION:

En primer lugar lo descubre el apoderado de la actora para rebatir la tesis del apelante referente a que “no basta probar que la norma ha desaparecido de la vida jurídica, tiene que demostrar que el acto acusado es contrario al nuevo orden jurídico...” argumentando que si antes de la Ley 75 de 1986 las sociedades de economía mixta del nivel departamental no fueron contribuyentes según lo preceptuaba el artículo 2º del Decreto Legislativo 1979 de 1974, la obligación de Corfi Boyacá de tributar con el impuesto de renta no puede comenzar sino desde el año de 1986. Por tanto no tiene en este caso incidencia alguna el artículo 33 de la Ley 75 de 1986 que menciona la Administración Tributaria en su escrito de apelación.

Así mismo expresa que resulta impertinente cuando el escrito de apelación alude a que “en los procesos tramitados bajo el imperio de la legislación anterior sus efectos son intangibles” por tratarse de una materia sustancial, sobre inexistencia de una obligación tributaria en la cual la demandante no tenía la condición de contribuyente.

En cuanto al principio de la vigencia de la ley, por el cual “debe regir para el futuro, no puede en ninguno de los campos, desconocer, en principio, ni los derechos adquiridos, ni las situaciones jurídicas concretas y subjetivas”, precisa primero que si la ley establece para un nuevo grupo de sujetos la

SECCION CUARTA

obligación de tributar con el impuesto sobre la renta, es obvio que no puede aplicarse sino a los hechos generadores que habrán de ocurrir, ejecutados por los nuevos contribuyentes después de entrar en vigencia la ley que ha establecido para ellos la obligación, no siendo entonces de aplicación a años anteriores al de su vigencia, cuando los mismos sujetos no eran contribuyentes y en segundo lugar, que de lo que se trata en el *sub judice* no es de la vigencia de una nueva disposición del legislador, de situaciones jurídicas concretas o subjetivas perfeccionadas bajo el imperio de una ley, sino del efecto que tiene la sentencia que declara nulo un reglamento por considerar sujetos de obligación tributaria sustancial a antes que según la ley que dijo reglamentar no estaban comprendidos dentro de ella.

De lo expuesto concluye que en justicia lo así depositado lo fue indebidamente, y por tanto, debe restituirse a la demandante, sin que para negársele la restitución sea atendible el argumento de que se trata de "derecho adquirido" del erario, de situación jurídica concreta, puesto que a más de no tratarse de un asunto de vigencia de leyes, dentro del cual serían evidentes la carencia de "justo título"; y todo lo contrario, la presencia de título en contra de la ley, de la infringida por el reglamento anulado y según la cual la demandante no era contribuyente. Le corresponde entonces dar cumplido efecto a la decisión jurisdiccional de anular ese reglamento, por ilegal, de no aplicarse en ningún caso, como si no se hubiera dictado jamás. En consecuencia pide la confirmación de la sentencia proferida por el *a quo* (fls. 109-112).

A su vez descurre el traslado el señor Delegado Tercero de la Procuraduría ante esta Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez quien describe que en sentencia de 25 de julio de 1986 el Consejo de Estado anuló el numeral 3º del artículo 2º del Decreto Reglamentario 187 de 1975 que consideró contribuyentes del impuesto de renta a las sociedades de economía mixta del orden departamental y municipal cuando el Decreto-ley 1979 de 1974 sólo se refería a las del orden nacional. Que Corfi Boyacá, considerando que de acuerdo con el fallo antes mencionado no era contribuyente del impuesto de renta, pidió en 1988 a la Administración de Impuestos la devolución de las sumas que había depositado por los años gravables 1978 a 1984 inclusive, solicitud que fue negada por las Resoluciones D-007 de 1988 y 00027 de 1989. Que el Tribunal de instancia anuló las mencionadas resoluciones apoyando su decisión en la sentencia de julio 25 de 1986 que invalidó el numeral 3º del artículo 2º del Decreto 187 de 1975, dándole efecto retroactivo, es decir como si nunca se hubiera dictado o hubiera regido la parte de la mencionada norma anulada.

Efectuado el recuento anterior y con fundamento en auto de fecha 6 de septiembre de 1944 (actor: Alberto Córdoba Firmat, Consejero ponente: doctor Tulio Enrique Tascón), cuyo delineamiento jurisprudencial ha seguido la Corporación a través de muchos fallos, el señor delegado de la Procuraduría puntualiza que “la sentencia proferida en virtud de una demanda de nulidad produce efectos *erga omnes*, pero sólo para el futuro, sin tocar los efectos de las situaciones jurídicas individuales o concretas de quienes juntamente con la anulación no hubieran pedido la reparación del agravio causado al derecho privado por el acto anulado”.

Por lo tanto precisa, que es claro entonces, que si el fallo del Consejo de Estado, por recaer sobre una demanda de nulidad, produjo efectos hacia el futuro no puede tenerse en cuenta para resolver situaciones jurídicas concretas que se habían consolidado con anterioridad al mismo. En consecuencia estima que se debe revocar la sentencia recurrida y en su lugar negar las pretensiones de la demanda (fls. 113-115).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se trata de dilucidar en el presente caso, si los efectos de la sentencia de 25 de julio de 1986 (Proceso No. 00008, actor: Vicente Amaya Mantilla, ponente: doctor Carmelo Martínez C.) mediante la cual la Sección Cuarta de la Corporación anuló la expresión “sociedades de economía mixta del orden departamental y municipal”, tal como los interpretó el Tribunal *a quo*, están de acuerdo con lo que reiteradamente la Corporación en varios fallos ha puntualizado en el sentido de que la sentencia proferida en virtud de una demanda de nulidad produce efectos *erga omnes*, hacia el futuro y hacia el pasado pero en este último caso, dejando a salvo las situaciones que se hubieren consolidado durante su vigencia.

El criterio que principalmente sirvió de sustento legal a la decisión del Tribunal estriba en que “la nulidad en el campo Contencioso Administrativo es semejante a la que se produce en la esfera civil, en donde esa nulidad destruye retroactivamente el acto jurídico, o sea que lo priva de todo efecto pasado y futuro con base en el principio *quod nullum est nullum producit effectum*. Aquí se presenta una situación como si el acto jurídico no se hubiera celebrado jamás. De allí que quien haya cumplido sus prestaciones puede repetir en el sentido jurídico, es decir, exigir la restitución de lo que se ha dado o pagado” (fl. 88).

Pues bien, de acuerdo con lo anterior, la Sala estima que el Tribunal de instancia se apartó totalmente de lo que se ha expuesto al respecto porque el

SECCION CUARTA

Consejo de Estado en varios fallos ha sostenido la tesis de que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto administrativo solo afecta aquellas situaciones cumplidas que no se hayan consolidado, bien porque al momento de ser dictada la sentencia se encontraran en discusión ante la autoridad administrativa o bien porque estuvieran demandadas ante la jurisdicción.

En sentido similar, la doctrina enseña que: “por regla general, la anulación de un acto reglamentario ilegal no implica el retiro o la revocatoria de las decisiones individuales tomadas con base en el mismo y no impugnadas dentro de los términos señalados en la ley para la correspondiente acción, frente a estos últimos actos y a todos aquellos que devengan irrevisables jurisdiccionalmente por el transcurso del término plausible, su intangibilidad, así desaparezca el acto-regla que los justificó, nace de la cosa juzgada virtual o material que puede predicarse de ciertos actos administrativos en determinadas hipótesis” (Derecho Procesal Administrativo, 3ª edición de 1992, Carlos Betancur Jaramillo, página 434).

De otra parte, aplicando el anterior lineamiento jurisprudencial de la Corporación, la Sala precisa que en otras oportunidades, en lo atinente a materia impositiva ha expresado que “debe considerarse que si bien en principio toda nulidad que se decreta por el Contencioso Administrativo tiene efectos retroactivos; en este evento, tratándose especialmente de asuntos tributarios, deberá tenerse en cuenta que las normas impositivas tienen aplicación dentro de determinados períodos fiscales y por ello, así hayan sido derogadas, la nulidad que se ordene no puede afectarlas en cuanto al lapso en que estuvieron vigencia, o sea que debe ser una nulidad con efectos hacia el futuro” (sentencia de mayo 7 de 1984, ponente doctor Gustavo Humberto Rodríguez, expediente 6665, actor: Pedro Silvio Pulido Pinto).

Así mismo, cabe destacar que la cita que hace el Tribunal *a quo* de la providencia de 22 de mayo de 1974, que le sirve de fundamento al fallo estimatorio, es incompleta y omite explicitar la siguiente aseveración pertinente:

“Los partidarios de la equiparación de efectos entre estas figuras jurídicas atemperan el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos, que *ab initio*, se consideran contradictorios (sentencia de mayo 10 de 1974, expediente 2013, actor:

José Raúl Noguera Solarte, ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla, Anales Primer Semestre 1974, p. 302)".

En sentido similar la Corporación ha definido los alcances y efectos de las sentencias de anulación cuando dijo:

"En el campo civil la nulidad pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada, tiene efecto retroactivo y da a las partes el derecho para ser restablecidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En el campo administrativo la sentencia con efecto *erga omnes* sólo opera hacia el futuro pero esa misma providencia puede cobijar acciones de plena jurisdicción o del contencioso de impuestos cuando, habiendo sido propuestas dentro de los términos que la ley señala para su ejercicio, la sentencia se produce con posterioridad a la anulación que se decretó en la acción de simple nulidad. Y ello por la sencilla razón de que una providencia no puede ser anulada dos veces con base en los mismos fundamentos jurídicos.

"En otras palabras, si cuando va a pronunciarse una sentencia en una acción del contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, o también del contencioso de impuestos, se encuentra que la disposición cuya nulidad se pide en estas acciones ya ha sido anulada como consecuencia del ejercicio del contencioso de simple nulidad, la providencia dictada en esta última acción tiene que ser lógicamente el piso jurídico de la sentencia en las primeras porque en tal hipótesis una providencia de esa naturaleza se convierte en ley no solo de los procesos futuros sino también de todos aquellos que fueron incoados con invocación de la misma causal de nulidad y dentro de los términos legales respectivos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, D. E., octubre 17 de 1969, Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía; Expediente número 1384, impuestos. Actor: Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A., Cadenalco)".

De manera pues que la Sala, encontrando válidos los argumentos de la apelante, habrá de revocar la sentencia del Tribunal de Instancia que anuló los actos administrativos que negaron la solicitud de devolución del impuesto de renta de los años gravables 1978 a 1984, inclusive.

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

SECCION CUARTA

FALLA:

1. *Revócase* la sentencia de 19 de agosto de 1992 proferida en el juicio 10.769 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá anuló las Resoluciones D-007 de diciembre 15 de 1988 y la Resolución 0027 de junio 19 de 1989 por las cuales la Administración Local de Impuestos Nacionales de Tunja negó la solicitud de devolución del impuesto de renta de los años gravables 1978 a 1984 inclusive, pagados por la Corporación Financiera de Boyacá S. A., Nit. 891.801.034.

2. En su lugar, deniénganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sección. *Guillermo Chahín Lizcano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Jaime Abella Zárate*.

Jorge A. Torrado, Secretario.

NOTIFICACION PORE DICTO/VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/ TRANSITO DE LEGISLACION

Si bien en materia tributaria, la legislación anterior consagraba un término especial de cinco días para la notificación de las resoluciones que agotaban la vía gubernativa, al entrar en vigencia el Decreto 624 de 1989, que en su artículo 565 al mencionar la notificación por edicto no señala un término especial, se hizo necesario acudir a la norma general del Código Contencioso Administrativo, que dispone que dicha notificación se surte al cabo del décimo día de la fijación del edicto. Por lo tanto el término de cinco días no está vigente en el ordenamiento tributario y la mención que de él se hace en el formato oficial, no puede entrar a modificar el consagrado en la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expediente número 4531.

Apelación interlocutorios.

Actor: Juan Jacobo Cotes Parodi.

AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el señor Juan Jacobo Cotes Parodi, contra el auto de 2 de octubre de 1992 por medio del cual el Tribunal Administrativo de la Guajira declaró la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el actor e inadmitió la demanda por ausencia de presupuestos procesales.

ANTECEDENTES

El actor presentó demanda contenciosa ante el Tribunal Administrativo de la Guajira, contra la liquidación oficial de corrección aritmética número 663 de

SECCION CUARTA

19 de julio de 1991 y la Resolución número 005 de 20 de marzo de 1992, la primera proferida por la Administración de Riohacha y la segunda por la administración local de Impuestos Nacionales de la Guajira. El libelo fue radicado el 7 de septiembre de 1992.

El Tribunal, en el auto objeto de impugnación, consideró que por cuanto la resolución que resolvió el recurso de reconsideración y agotó la vía gubernativa, fue notificado por edicto, independientemente de la fecha en que éste se hubiera desfijado, el término de cuatro meses para acudir a la jurisdicción contenciosa, debe computarse al día siguiente del 5º hábil de la fijación del mismo.

En el presente caso, fijado el edicto el día 23 de abril de 1992 a las 8:00 a.m., los cinco días de notificación vencieron el 29 del mismo mes y por tanto el término para demandar quedó comprendido entre el 30 de abril y el 30 de agosto del mismo año. Como la fecha de desfijación del edicto -7 de mayo de 1992- que comprende 10 días hábiles, no tiene incidencia en el término de cinco días en que debió surtirse la notificación del acto, debe entenderse que con respecto a la demanda presentada el 7 de septiembre del mismo año, operó el fenómeno de la caducidad de la acción, al ser radicada por fuera del término de 4 meses concedido por la ley. Resolvió así inadmitir la demanda.

LA APELACION

Sostiene el apelante al formular su recurso, que el término para demandar no había caducado el 7 de septiembre de 1992. El edicto por medio del cual se notificó el último acto de la vía gubernativa, duró fijado por el término de 10 días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, norma de aplicación indiscutible, ante la ausencia de una norma particular que señalara un término diferente para su fijación y desfijación.

Es así como, el término empezó a correr legalmente el 8 de mayo, a pesar de lo señalado en el formato o forma preimpresa en que la Administración realiza el acto de la notificación, sin que pueda afectar al particular, el posible error en que hubiera incurrido la Administración. Solicita entonces se revoque el auto inadmisorio y en su lugar se admita la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Siendo la notificación el medio necesario para hacer conocer a las partes las determinaciones que se toman durante el desarrollo del proceso administrativo, no puede invocarse en contra del particular las inconsistencias que puedan presentarse durante la realización de esta diligencia.

Si bien en la parte inicial del formato preimpreso por medio del cual la Administración de Riohacha efectuó la notificación por edicto de la Resolución número 005 de 20 de marzo de 1992, se lee: "Fijado por cinco (5) días hábiles", se observa que en la parte pertinente a la fijación y desfijación del mismo, que es la verdadera diligencia de notificación, la Administración Regional, en aplicación de lo ordenado en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, mantuvo en un lugar público del despacho el edicto, por el término legal de diez días. Y si bien en materia de procedimiento tributario, la legislación anterior consagraba un término especial de cinco días para la notificación de las resoluciones que agotaban la vía gubernativa, al entrar en vigencia el Decreto número 624 de 1989, que en su artículo 565 al mencionar la notificación por edicto no señala un término especial, se hizo necesario acudir a la norma general del Código Contencioso Administrativo, que dispone que dicha notificación se surte al cabo del décimo día de la fijación del edicto.

No comparte la Sala entonces, los argumentos que al respecto expuso el Tribunal en el proveído impugnado, por cuanto el término de cinco días no está vigente en el ordenamiento tributario y la mención que de él se hace en el formato oficial, no puede entrar a modificar el consagrado en la ley.

Es por ello que, efectuada la notificación por edicto dentro del plazo señalado por la legislación aplicable al caso en estudio y debiendo computarse el término para acudir a la jurisdicción desde el día siguiente a su desfijación, es evidente que conforme a las fechas de fijación y desfijación del edicto, la demanda presentada el 7 de septiembre de 1992 fue oportuna y debió ser admitida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

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

RESUELVE:

1. Revocar el auto de 2 de octubre de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de la Guajira y en su lugar dispone:

a) Admitir la demanda instaurada por el señor Juan Jacobo Cotes Parodi, en el proceso de la referencia y remitir el expediente al Tribunal de la Guajira para que dé cumplimiento a las previsiones 1 a 6 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

2. Reconócese al doctor Oscar Pacheco Hernández como apoderado del demandante, según poder visible a folio 10.

SECCION CUARTA

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala.*Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DEL PERIODO FISCAL

En materia fiscal y parafiscal existe el principio de la independencia de los períodos fiscales y si por efectos prácticos se permite a la Administración comprender en una sola actuación varios períodos, perfectamente diferenciados entre sí, no por ello se pierde el concepto de individualidad de cada uno de los contenidos en la totalidad del acto oficial. Pueden incluso los particulares, en esta clase de actuaciones, atacar el acto por la liquidación efectuada en una sola de las anualidades y mostrarse conforme con las otras o sustentarlas de manera diferente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expediente número 4569.

Actora: Construcciones Metrópolis S. A. Recurso de queja.

AUTO

Interpone el apoderado especial del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, recurso de queja contra el auto de 8 de noviembre de 1992, por medio del cual la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó por improcedente el recurso de apelación interpuesto por la entidad contra la sentencia de 4 de septiembre del mismo año. Esta decisión se mantuvo al conocer del recurso de reposición.

ANTECEDENTES

La sociedad Construcciones Metrópolis S.A., presentó demanda contenciosa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra el acta de preliquidación de aportes que le efectuara el Sena, por las vigencias de 1986 y 1987.

SECCION CUARTA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 4 de septiembre de 1992, accedió a las pretensiones de la sociedad demandante y procedió a efectuar una nueva liquidación a su favor, por cada una de las vigencias señaladas. Interpuesto oportunamente el recurso de apelación por el Sena, ésta fue negado por el Tribunal en el auto recurrido, en consideración a que por tratarse de dos obligaciones tributarias determinadas, con vigencias independientes, como cada una de ellas tiene una cuantía inferior a \$800.000.00, el conocimiento del negocio, conforme lo dispone el artículo 131, numeral 4º del Código Contencioso Administrativo, es de única instancia. En auto de 17 de noviembre de 1992, que conoció del recurso de reposición se mantuvo la anterior decisión.

Sustenta el Sena su recurso de queja afirmando que este no es un caso de acumulación de pretensiones, pues la demanda persigue la nulidad de un solo acto -la resolución del Sena que ordenó pagar un total de \$1.420.281- por aportes causados y no cancelados en los años de 1986 y 1987. Pero la discriminación de las vigencias en el acto administrativo no tiene una significación diferente la de señalar los períodos a que corresponde la reliquidación, referida a una sola obligación clara, expresa y actualmente exigible. Una interpretación diferente lesiona gravemente los derechos de la entidad.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

En el caso en estudio el Sena consideró que por las anualidades de 1986 y 1987, la sociedad actora no había efectuado la totalidad de los aportes que en su parecer le exigía la ley y procedió, en un solo acto, a llevar a cabo la reliquidación de aportes de cada ejercicio, diferenciando debidamente cada una de las anualidades, sus bases y resultados cuantitativos. Que la cuantía del negocio entonces, está integrado por la suma del valor de las dos anualidades.

La Sala no comparte la anterior interpretación. En materia fiscal y parafiscal existe el principio de la independencia de los períodos fiscales y si por efectos prácticos se permite a la administración comprender en una sola actuación varios períodos, perfectamente diferenciados entre sí, no por ello se pierde el concepto de individualidad de cada uno de los contenidos en la totalidad del acto oficial.

Pueden incluso los particulares, en esta clase de actuaciones, atacar el acto por la liquidación efectuada en una sola de las anualidades y mostrarse conforme con las otras o sustentarlas de manera diferente.

Demostrado así que en el presente caso sí hubo una acumulación de pretensiones, cuando la sociedad demandó la nulidad de las dos liquidaciones

contenidas en el acto y siendo la cuantía un factor determinante para fijar la competencia y por ende las instancias que en cada caso integran el proceso, como cada una de ellas individualmente consideradas no asciende al valor exigido al momento de interponer la demanda para que éste sea de dos instancias, de conformidad con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 82 *ibidem*, el proceso es de única instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

RESUELVE:

Negar el recurso de queja interpuesto por el Sena en el proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala.
Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Facultades / CONTRIBUCION POR VIGILANCIA

De acuerdo con la sentencia de 20 de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, el Gobierno, a la luz de la Ley 10 de 1990, no tenía facultades para atribuir a la Superintendencia Nacional de Salud, la competencia para fijar el monto de las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas, por lo cual, al hacerlo excedió las facultades otorgadas por la ley. Así las cosas, y teniendo en cuenta que el acto acusado tiene como único fundamento, las normas declaradas inexecutable, es claro que no tenía facultades el Superintendente Nacional de Salud para proferirlo. Lo anterior no implica que se esté aplicando un fallo de inconstitucionalidad a situaciones anteriores, sino que se trata simplemente de que la presunción de legalidad de un acto administrativo sometido a juzgamiento, ha quedado desvirtuada.

Anula la Resolución número 0327 de 24 de junio de 1991, proferida por el Superintendente Nacional de Salud.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 11 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Ref.: Radicación 4322.

Nulidad de la Resolución 327 de junio 24 de 1991, expedida por el Superintendente Nacional de Salud.

Actor: Jesús Vallejo Mejía. Fallo.

Procede la Sala a resolver sobre la nulidad de la Resolución 327 del 24 de junio de 1991, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, solicitada en acción de nulidad por el ciudadano doctor Jesús Vallejo Mejía.

EL ACTO DEMANDADO

El actor solicita la nulidad de la Resolución número 327 del 24 de junio de 1991, proferida por el señor Superintendente Nacional de Salud y publicada el día 9 de julio de 1991, en el *Diario Oficial* número 39895.

Dicha resolución dice textualmente:

“RESOLUCION NUMERO 327 DE 1991

(junio 24)

por la cual se fija el monto de unas contribuciones.

“El Superintendente Nacional de Salud, en uso de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas en el artículo 7º, literal II), del Decreto 1472 de 1990, y

CONSIDERANDO:

“Que el Decreto número 1472 en sus artículos 3º literal p) y 7º literal II), autoriza al Superintendente Nacional de Salud para fijar las contribuciones que corresponde sufragar a las entidades sometidas a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud;

“Que el artículo 4º literal f) del Decreto 1472 de 1990 determina como sujetos de inspección, vigilancia y control a las fábricas productoras de licores;

“Que para el eficaz ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de las fábricas productoras de licores por parte de la Superintendencia Nacional de Salud se hace necesario el recaudo de las contribuciones autorizadas por el Decreto 1472 de 1990,

RESUELVE:

“Artículo 1º. Fíjese el monto de la contribución anual que las fábricas productoras de licores deben sufragar a la Superintendencia Nacional de Salud, en un seis punto cinco por mil (6.50/00), que se liquidará sobre el total de los activos del balance general a treinta y uno (31) de diciembre del año inmediatamente anterior.

“Artículo 2º. La liquidación de las contribuciones a que se refiere el artículo anterior se hará anualmente para cada entidad por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante resolución.

SECCION CUARTA

“Artículo 3º. El monto de las contribuciones deberá consignarse en la cuenta Superintendencia Nacional de Salud - Contribuciones del Banco Oficial que se indique en la resolución de liquidación, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación.

“Artículo 4º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

“Publíquese y cúmplase.

“Dada en Bogotá, D. E., a 24 de junio de 1991.

“El Superintendente Nacional de Salud (E.),

Carlos Eduardo Palacios.

“El Secretario General,

Pedro Orlando Yáñez”.

LA DEMANDA

Sostiene en síntesis:

La violación del artículo 338 de la Constitución Nacional, porque según dicha norma, las contribuciones fiscales y parafiscales solo pueden establecerse, en tiempo de paz, por el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales; las tarifas de las tasas y contribuciones que se cobren como recuperación de los costos de servicios que se presten o participación de beneficios que se proporcionen a las personas, podrán fijarse por las autoridades administrativas si la ley, las ordenanzas o los acuerdos los permiten, pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas y los acuerdos y tratándose de impuestos, la ley, la ordenanza o el acuerdo que los crean deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas.

Según lo anterior, las contribuciones a cargo de los sujetos sometidos a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, sólo pueden fijarse en la medida que dichos sujetos reciban servicios de la Superintendencia o gocen de beneficios proporcionados por ella y el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto se encuentren fijados por la ley.

Anota que ninguno de los supuestos anteriores se reúnen en el caso presente por cuanto la inspección y vigilancia de la Superintendencia Nacional

de Salud no les reporta ningún beneficio, ni les presta un servicio a las fábricas de licores, ya que su finalidad está en que las liquidaciones de impuestos destinados específicamente al sector salud se haga correctamente y por lo tanto serían las entidades destinatarias de dichos tributos las beneficiadas.

Agrega que la ley, no ha regulado el sistema o método para definir los costos y beneficios correspondientes y la forma de hacer su reparto, y por lo tanto no existe relación entre el monto de lo establecido por el acto demandado y los supuestos beneficios o servicios de los sujetos vigilados, ni con los costos de los mismos.

Anota que no habiendo “contrapartida” para los contribuyentes, el gravamen que se les exige adopta la naturaleza de impuesto, el cual solo puede ser establecido por ley, en el orden nacional, y es la ley la que debe determinar su tarifa, los sujetos activos y pasivos, y las bases y los hechos gravables.

Afirma que hay incompatibilidad de la resolución con el nuevo ordenamiento constitucional y que a la luz del artículo 4º *ibidem*, debe anularse el acto demandado con el fin de restablecer la integridad del orden jurídico (art. 89, C. N.).

Precisa que aunque la resolución demandada fue expedida antes de la promulgación de la nueva constitución, se publicó con posterioridad a su entrada en vigencia, que se produjo el 7 de julio de 1991 y considera que como los actos de las Superintendencias sólo entran a regir a partir de su publicación, ésta era incompatible con la constitución y por ello procede su anulación; y si se llegare a considerar que la resolución acusada tiene una fecha de entrada en vigencia anterior a la de la nueva Constitución, habría una inconstitucionalidad sobreviniente.

Además, argumenta que el acto demandado violó indirectamente la Constitución de 1886 por haberse fundado en el Decreto 1472 de 1990, el cual excedió las facultades que al gobierno le otorgó la Ley 10 de 1990 en su artículo 51, literal b), ya que éstas se referían solamente a la posibilidad de adecuar las instituciones adscritas al Ministerio de Salud a las normas de la ley y no a la posibilidad de crear nuevas normas.

En síntesis, afirma que la resolución demandada es incompatible con la Constitución de 1991 y con la de 1888 (sic), por que con ella se pretende aplicar disposiciones de un Decreto Extraordinario, el 1472 de 1990, que extralimitaron las facultades otorgadas por el artículo 51-b de la Ley 10 de 1990.

SECCION CUARTA

OPOSICION A LA DEMANDA

Mediante apoderado, la Superintendencia Nacional de Salud se opuso a las pretensiones de la demanda.

Afirma el impugnante que desde la vigencia de la Ley 15 de 1989 (11 de enero), el Superintendente Nacional de Salud tenía la atribución de liquidar la contribución que corresponde a las entidades sometidas al control de la Superintendencia, con posterioridad a la aprobación que se impartía a cada presupuesto anual (artículo 8º, literal m), Ley 15 de 1989).

Agrega que de conformidad con el Decreto 1472 de 1990, artículo 3º literal p), el Superintendente Nacional de Salud, tenía facultad para fijar las contribuciones que corresponde sufragar a las entidades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud y considera que dicho decreto subrogó el citado literal m) del artículo 8º de la Ley 15 de 1989.

Cita y transcribe apartes de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 28 de noviembre de 1991 (Expediente 2345, Actor: Sabas Socarrás Zúñiga), mediante la cual se declaró la exequibilidad de varios artículos del Decreto 1472 de 1990 y entre ellos el literal p) del artículo 3º y el literal II) del artículo 7º del citado decreto e indica que la resolución acusada se dictó con fundamento precisamente en dichas normas.

Indica que no es cierto que la inspección, vigilancia y control de las fábricas de licores no les reporte a ésta ningún beneficio, puesto que dicha facultad contribuye a que dichas fábricas cumplan a cabalidad su objetivo constitucional de que sus rentas se destinen preferentemente a los servicios de salud y como lo dispone el artículo 336 de la Constitución no sean distraídas con fines distintos y anota que no pueden asimilarse las fábricas de licores que ejercen un monopolio del Estado y cuyas rentas deben destinarse a los servicios de salud y educación, con entidades privadas que no persiguen un beneficio distinto de su propio lucro.

Anota que la Superintendencia Nacional de Salud forma parte del Sistema Nacional de Salud, razón por la cual no pugna con la Constitución ni la ley, que los encargados de generar recursos para la salud como las "fábricas de licores" contribuyan al funcionamiento de la entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de los recursos de salud.

Finalmente afirma que conforme con el artículo 338 de la Constitución, la forma de repartir los recursos provenientes de las contribuciones que los vigilados deben sufragar se encuentra contemplada en el Decreto Constitucio-

nal número 2342 de 1991 mediante el cual se adicionó el Presupuesto General de la Nación, norma que tiene el carácter de ley, por cuanto fue expedido por el "Congresito que hizo las veces de Congreso Nacional...".

De acuerdo con las Leyes 15 de 1989 y 10 de 1990, el Decreto 1472 de 1990 y el Decreto Constitucional 2342 de 1991, el acto demandado se ajusta a las normas jurídicas superiores.

ALEGATOS:

El actor, en su alegato de conclusión se refiere a la sentencia proferida por la Sección Cuarta el 11 de septiembre de 1992, expediente 4003 e indica que idéntica decisión debe adoptarse en el presente caso.

Agrega que, con posterioridad a dicho fallo, la controversia sobre la constitucionalidad del acto demandado, quedó definida por el fallo de la Corte Constitucional del 20 de febrero de 1992, que declaró la inexecutable de los artículos 3º literal p) y 7º literal II) del Decreto 1472 de 1990, por exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 10 de 1990.

Al respecto anota que el gobierno no estaba autorizado para otorgar competencia a la Superintendencia Nacional de Salud para fijar contribuciones para su sostenimiento, luego dicha entidad no obró en ejercicio de atribuciones que tuviera al tenor de la Constitución vigente el 24 de julio de 1991.

Precisa que aunque los fallos de inexecutable de las normas no sean retroactivos, en ellos se hacen declaraciones que necesariamente se proyectan respecto de disposiciones expedidas durante su vigencia y no tendría ninguna lógica que habiéndose pedido la nulidad de un acto administrativo por fundarse en disposiciones inconstitucionales y serlo así el mismo, denegarse las súplicas de la demanda porque cuando se expidió todavía no se había declarado la inexecutable de las normas en que se basó la autoridad pública para expedirlo.

Por su parte, el impugnante alega que al momento de la expedición del acto demandado se encontraba vigente la norma que le daba al Superintendente Nacional de Salud, la facultad para fijar las contribuciones a cargo de los sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia en cuestión, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 28 de noviembre de 1991, expediente 2345, cuya copia obra en el expediente.

SECCION CUARTA

Afirma que además dicha facultad ya estaba consagrada en el artículo 8º de la Ley 15 de 1989, la cual continua vigente, por cuanto el gobierno no podría derogar dicha disposición por ser una norma legislativa que impone una contribución a los entes vigilados por la Superintendencia Nacional de Salud, que corresponde al Congreso imponerla según la Constitución vigente, tanto al momento de la expedición de la Ley 15 de 1989, como el Decreto 1472 de 1990.

Por último, anota que al momento de expedirse el acto acusado no estaba vigente la nueva Constitución, que es la que exige el establecimiento previo de parámetros.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso considera que debe declararse la nulidad del acto acusado y fundamenta su criterio en la sentencia del 11 de septiembre de 1992 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución 325 del 11 de julio de 1991.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Han sido varios los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la controversia que debe resolver la Sala para establecer la procedencia de la nulidad de la Resolución 327 del 24 de junio de 1991, proferida por el señor Superintendente Nacional de Salud.

En efecto, esta sección, en sentencia del 11 de septiembre de 1992, declaró su nulidad de la Resolución 325 de la misma fecha, mediante la cual se fijaba el monto de la contribución anual que las fábricas de cervezas y sifones debían sufragar a la Superintendencia Nacional de Salud, expedida por el mismo funcionario, por considerarla violatoria del artículo 338 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de noviembre de 1991, expediente 2345 se pronunció sobre el Decreto 1472 de 1990, y concretamente declaró ajustados a la Constitución los artículos 3º literal p) y 7º literal ll) invocados como fundamento, tanto de la resolución anulada por ésta sección, como de la impugnada en éste proceso. En dicha providencia, la Corte Suprema de Justicia dijo:

“Fuera de esto, las previsiones del decreto que asignan como fondos de la Superintendencia Nacional de Salud las contribuciones que deben sufragar las entidades sometidas a su control y vigilancia y que permiten al Superintendente fijar el monto de las contribuciones, encuentran

respaldo en la Constitución, por cuanto el artículo 338 permite que la ley faculte a las autoridades para fijar la tarifa de las tasas y contribuciones que tengan la finalidad de recuperar los costos del servicio que prestan...”

La Corte Constitucional, también se ha pronunciado sobre el tema en dos oportunidades así:

En sentencia del 20 de octubre de 1992, expediente 035, resolvió sobre la constitucionalidad de los mismos artículos 3º literal p) y 7º literal II) entre otros, del Decreto 1472 de 1990, y dispuso estarse a lo dispuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada, el 28 de noviembre de 1991, expediente 2345, es decir, a la constitucionalidad de las normas en cuestión.

En sentencia de la misma fecha es decir del 20 de octubre de 1992, expediente 039, declaró la inconstitucionalidad de las mismas normas citadas, por considerar que el gobierno al expedir el Decreto 1472 de 1990 y autorizar al Superintendente para establecer y liquidar las contribuciones que corresponda sufragar a las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, excedió las facultades otorgadas a él por el literal b) del artículo 51 de la Ley 10 de 1990.

Quien redacta esta ponencia, no estuvo de acuerdo con la declaratoria de nulidad de la Resolución 325 del 24 de junio de 1991, por considerar que dicha resolución de acuerdo con la fecha de su expedición, no era violatoria del artículo 338 de la Constitución Nacional, y tampoco podía considerarse inconstitucional, en cuanto las normas que le sirvieron de fundamento habían sido declaradas *exequibles*, *por razones de fondo*, por la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia del 28 de noviembre de 1991, expediente 2345. Lo anterior consta en el salvamento de voto respectivo.

En el caso de autos, la situación jurídica se ha modificado sustancialmente con la decisión de la Corte Constitucional del 20 de octubre de 1992, mediante la cual se declararon *inexequibles* los artículos 3º literal p) y 7º literal II) del Decreto 1472 de 1990, por falta de facultades para su expedición.

En efecto, de acuerdo con dicha providencia, el gobierno, a la luz de la Ley 10 de 1990, no tenía facultades para atribuir a la Superintendencia Nacional de Salud, la competencia para fijar el monto de las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas, por cual, al hacerlo *excedió las facultades otorgadas por la ley*.

SECCION CUARTA

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el acto acusado tiene como único fundamento, las normas declaradas inexecutable, es claro, que no tenía facultades el Superintendente Nacional de Salud para proferirlo.

Lo anterior no implica que se esté aplicando un fallo de inconstitucionalidad a situaciones anteriores, sino que se trata simplemente de que la presunción de legalidad de un acto administrativo, sometido a juzgamiento, ha quedado desvirtuado, en cuanto la autoridad que lo expidió, no tenía las facultades invocadas para proferirlo, de acuerdo con lo decidido por la Corte Constitucional.

Es del caso mencionar que el actor en su demanda, planteó como fundamento de derecho de sus peticiones, el exceso en que incurrió el legislador extraordinario al expedir el Decreto 1472 de 1990, artículo 3º literal p) y 7º literal II).

Por otra parte, el argumento del señor apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud, en el sentido de que la Superintendencia ya tenía esa atribución de fijar el monto de las contribuciones en cuestión, con fundamento en la Ley 15 de 1989, no resulta válido para defender el acto acusado, ya que dicha norma fue subrogado en el tema por los artículos cuestionados del Decreto 1472 de 1990 y cuando se expidió el acto demandado no se encontraba vigente, lo cual lo confirma el que no fuera invocada como sustento de la Resolución 327 de 1991 cuya legalidad se cuestiona.

De acuerdo con todo lo anterior, habiéndose desvirtuado la presunción de legalidad del acto demandado, deben prosperar las peticiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Anúlase la Resolución número 0327 del 24 de junio de 1991, proferida por el Superintendente Nacional de Salud.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

EXP. - 4322

*Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sección. Guillermo Chahín
Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA/TITULO DE DEUDA PUBLICA/SUJETO PASIVO/INVERSION FORZOSA/POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

Los elementos esenciales de la inversión forzosa, entre ellos el de sujetos pasivos, son únicamente los que surjan de la ley por tratarse de una obligación que tiene fuente en la ley, cualquiera que sea el carácter que se atribuya a ésta, tributaria o no. El artículo 17 de la Ley 6 de 1992 señaló como sujeto pasivo únicamente a “las personas jurídicas y las personas naturales” que pasaran de los niveles de ingresos y patrimonio allí mismo señalados, de tal manera que éstas y sólo éstas puedan considerarse sometidas a la obligación de efectuar la inversión en bonos BDSI. La inclusión del término “y asimiladas” en el decreto reglamentario, se hizo apartándose de la ley, o mejor, adicionando el listado de sujetos pasivos de la obligación, lo cual constituye una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4369.

Autoridades Nacionales. Fallo.

Actora: María Clara Amador Preciado C/La Nación.

Corresponde a la Sala decidir la demanda de nulidad entablada por la ciudadana María Clara Amador Preciado contra la expresión “y sus asimiladas...” contenida en los numerales primero y segundo del artículo 3º del Decreto Reglamentario 1132 del 6 de julio de 1992 y en los grupos números 1 y 2 del artículo 4º del mismo decreto.

La demanda fue admitida sin acceder a la suspensión provisional solicitada en ella. En representación de la Nación se hizo parte el Ministro de Hacienda y Crédito Público por intermedio de apoderado. El Ministerio Público representado por el Procurador Sexto ante esta Corporación, no ha intervenido en este proceso.

LA DEMANDA:

Considera transgredida la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución en razón de los siguientes hechos:

- El artículo 17 de la Ley 6ª de 1992 expresa en la parte pertinente que “*las personas jurídicas y las personas naturales que en el año de 1991 hubieren obtenido ingresos superiores a siete millones de pesos (\$7.000.000.00) o su patrimonio bruto a 31 de diciembre del mismo año hubiere sido superior a treinta millones de pesos (\$30.000.000.00), deberán efectuar durante el segundo semestre de 1992, una inversión forzosa en ‘Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI)...’*” (resaltado no es del texto sino de la demandante).

- El Decreto Reglamentario 1132 de 1992 (julio 6) expresa en las partes acusadas de ilegalidad lo siguiente:

“Artículo 3º. Obligados a Efectuar Inversión Forzosa BDSI:

“De conformidad con el artículo 17 de la Ley 6ª de 1992, están obligados a suscribir los Bonos para Desarrollo y Seguridad Interna BDSI:

“1. Las personas jurídicas y *sus asimiladas*.

“2. Las personas naturales y *sus asimiladas*, no incluidas en el siguiente numeral, que en el año de 1991 hubieren obtenido ingresos superiores a siete millones de pesos (\$7.000.000.00) o...” etc.

“3. Los asalariados y trabajadores independientes...”.

“Artículo 4º. Lugares y Plazos para efectuar la Inversión.

“...

“El plazo para suscribir y cancelar la inversión forzosa en los ‘Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI)’, vence en las fechas que se indican a continuación:

“Grupo Número 1. Personas Jurídicas y *sus asimiladas*, atendiendo al último dígito del NIT del obligado, así...”.

SECCION CUARTA

“Grupo número 2. Personas naturales y sus asimiladas, señaladas en los numerales 2 y 3 del artículo 3º de este decreto, atendiendo al último dígito del NIT del obligado, así...” (resalta la demandante).

La actora considera, que de una sencilla lectura se establece que el Decreto Reglamentario 1132 al incluir la expresión “y sus asimiladas” está estableciendo una obligación tributaria para quienes sin tener el carácter de persona jurídica, la ley las ha asimilado como tales y que en ningún momento el artículo 17 de la Ley 6 de 1992 las señaló como obligadas a efectuar inversión forzosa en bonos BDSI. Por otra parte, también considera transgredida la ley con la inclusión de igual término de “asimiladas” al referirse a las personas naturales.

Aunque la demandante citó y transcribió parcialmente los artículos 13 y segundo inciso del artículo 14 E.T. que hacen una enumeración de las que considera asimiladas a sociedades de responsabilidad limitada y a sociedades anónimas, no hace ningún comentario adicional al ya descrito salvo para recordar que conforme al artículo 499 del Código de Comercio la sociedad de hecho no es una persona jurídica.

La oposición a la demanda puede sintetizarse en sus argumentos principales en lo siguiente: no se trata de un tributo sino de una emisión de bonos. Los tributos que pueden subdividirse en impuestos, tasas y contribuciones no implican ninguna retribución, en cambio los empréstitos (hechos por emisión de bonos) bien sean voluntarios o forzosos (Decreto 222 de 1983) se distinguen porque hay una restitución de la suma invertida al cabo de un término. La Ley 6ª de 1992 creó los BDSI como títulos de deuda pública interna de suscripción obligatoria.

Las excepciones a tal inversión fueron enumeradas por la ley y sólo se reducen a dos:

- Personas naturales que cumplan las condiciones mencionadas en el primer inciso del artículo 17, y

- Personas naturales asalariadas y trabajadores independientes que igualmente cumplan funciones del parágrafo del mismo artículo 17.

Lo anterior significa que siendo estas las únicas excepciones, todas las demás personas están obligadas.

Aunque considera que el artículo 338 de la Constitución no es aplicable porque se refiere a leyes sobre impuestos y esta obligación no lo es, estima que

la interpretación sistemática y global de la Ley 6ª conduce a la conclusión de que estando en ella indicadas las únicas personas exentas de la obligación, el reglamento no la violó al incluir a las “asimiladas” y para precisar el alcance de este término se remite a los artículos 3º y 13 del Decreto 2053 de 1974 y otros que fueron recogidos por el Estatuto Tributario en sus artículos 13 y 14 con relación a las personas jurídicas y respecto a las personas naturales se remite a los artículos 7º y 11 del mismo Estatuto que menciona a las sucesiones, a los bienes con destinación especial por donaciones o asignaciones modales, por lo que para estos efectos debe atenderse a las definiciones contenidas en tales normas, siguiendo el mandato del artículo 28 del C. Civil en cuanto a la definición de las palabras.

A título de antecedentes administrativos el Ministerio remitió un concepto de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales que no se refiere exactamente al punto de controversia pues se limita a expresar la necesidad de reglamentar la Ley 6ª en lo relativo a los BDSI para lo cual dice adjuntar un proyecto de reglamento en el cual se contempla entre otros aspectos... “los obligados a efectuar la inversión forzosa, lugares y plazos para efectuarla...” etc.

La accionante en alegato de conclusión, critica la defensa oficial puesto que no pueden crearse obligaciones a cargo de los asociados por la vía de interpretación y se remite al artículo 1494 del Código Civil que al señalar las fuentes de las obligaciones enuncia las que nacen... “por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Igualmente invoca el artículo 27 del C.C. para insistir en que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultarsu espíritu.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

La Ley 6ª de 1992 conocida como “Reforma Tributaria de 1992” abarca en su titulación las siguientes materias: “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público y se dictan otras disposiciones”. El Capítulo II contiene las disposiciones correspondientes a “Contribuciones especiales e inversión forzosa” y destina los artículos finales a la autorización al Gobierno Nacional para emitir títulos de deuda pública interna denominados BDSI (artículo 16); el artículo 17 indica a “las personas jurídicas y a las personas naturales” como obligadas a efectuar durante el

SECCION CUARTA

segundo semestre de 1992 una inversión forzosa en BDSI señalando sus condiciones de nivel de ingresos y patrimonio y aclarando en el párrafo condiciones para que “los asalariados y trabajadores independientes” no estén obligados a efectuar la inversión y otras previsiones a que se refiere el invocado artículo 17. El artículo 18 trata de las normas de control tanto de las contribuciones especiales como de la inversión forzosa para lo cual extiende en lo pertinente las que tiene la Dirección de Impuestos Nacionales en “las normas que regulan los procesos de determinación, discusión, cobro y sanciones contempladas en el Estatuto Tributario...”.

Se observa que la única norma de la Ley 6ª de 1992 que contiene autorización para emitir títulos de deuda pública interna es el artículo 17, citado por la demanda como disposición infringida por el reglamento.

Para el representante del Ministro de Hacienda no viene al caso el artículo 338 de la Constitución Política en cuanto éste ordena precisión en los elementos de los impuestos como el relativo a los sujetos pasivos, porque el artículo 17 de la Ley 6ª no es de carácter tributario.

Pero para la Sala es claro que los elementos esenciales de la inversión forzosa, entre ellos el de sujetos pasivos, son únicamente los que surjan de la ley por tratarse de una obligación que tiene su fuente en la ley, cualquiera que sea el carácter que se atribuya a ésta, tributaria o no.

La cita que se hizo del artículo 1494 del Código Civil es acertada en cuanto éste resume la enumeración de las principales fuentes de las obligaciones que incluye las que nacen de la ley (como las de los padres con los hijos de familia). Pero tal cita debe complementarse con la del artículo 34 de la Ley 57 de 1887 que dispone:

“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen de la ley o del hecho voluntario de las partes. *Las que nacen de la ley se expresan en ella* (se resalta).

“...”

La precisión idiomática y conceptual del legislador de 1887 releva a la sala de mayores disquisiciones para afirmar que así no se considere de índole tributaria la obligación de realizar una inversión en unos títulos de deuda pública, sus elementos configurativos o esenciales deben ser los que señala la ley y es indudable que dentro de ellos en primer lugar se destaca el de los sujetos pasivos de la obligación.

El artículo 17 de la Ley 6^a señaló como sujetos pasivos únicamente a “las personas jurídicas y las personas naturales” que pasaran de los niveles de ingresos y patrimonio allí mismo señalados, de tal manera que éstas y solo éstas pueden considerarse sometidas a la obligación de efectuar la inversión en bonos BDSI.

No es válido para la Sala el argumento de que sólo son procedentes las excepciones inicadas en el artículo (como las personas que se encuentren por debajo de los límites económicos y los asalariados que reúnen las condiciones allí previstas) y ninguna otra, y no es aceptable este argumento porque para estar en la excepción es necesario estar primero en la regla.

Lo que sucede en el caso que se atiende es que las “asimiladas” no estaban en la regla y por ello mal podían estar en la excepción.

En resumen, la creación de la obligación de invertir se entiende concretada únicamente a los sujetos indicados por la ley, quedando excluido cualquier otro ente jurídico que no pueda clasificarse como persona jurídica o como persona natural.

La figura de los sujetos de obligaciones “asimilados” a personas jurídicas y naturales es de origen y utilización propia del derecho tributario que no se encuentra con la misma connotación en las otras áreas de la legislación nacional. En razón de la existencia de una capacidad económica con cierta autonomía la ley indicó como sujetos pasivos de la obligación tributaria a entes que carecen de personalidad jurídica, como el caso de las sociedades de hecho, las comunidades organizadas, las sucesiones líquidas y otras, lo que ha permitido que se tengan como sujetos tanto de la obligación sustancial como de los deberes formales de carácter tributario.

La Sala encuentra contradictoria la posición de la defensa de las normas acusadas, cuando por una parte clasifica la obligación como de orden distinto al tributario (suscripción de títulos de deuda) y por otra invoca las disposiciones del Estatuto Tributario que describen y relacionan a los entes “asimilados” a sociedades y a personas naturales.

Por las anteriores consideraciones se concluye que la inclusión del término “y asimiladas” en el decreto reglamentario, se hizo apartándose de la ley, o mejor, adicionando el listado de sujetos pasivos de la obligación, lo cual constituye una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria que debe subsanarse mediante la anulación solicitada.

SECCION CUARTA

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

FALLA:

Declárase la nulidad de la expresión “y sus asimiladas” utilizada por el Decreto Reglamentario 1132 de 1992 (julio 7) en los numerales 1 y 2 del artículo 3º y en los apartes Grupo número 1 y Grupo 2 del artículo 4º.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente. Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE CONSORCIOS COMERCIALES - Obligaciones

Las compañías administradoras de consorcios, tienen la obligación de entregar el bien o servicio patrón de referencia autorizado para cada plan. Y la posibilidad de reemplazarlo por uno de características similares, se encuentra contemplada como excepción, "cuando por razones de mercado del bien o servicio objeto del contrato se haga imposible el cumplimiento". Pero la excepción no puede convertirse en regla, y menos aún desbordarla, toda vez que como ocurre en el sub lite la sociedad no solamente ofrece y entrega vehículos que no corresponden al patrón autorizado, sino que además el que se reemplaza tampoco es de características similares, pues se acepta que el suscriptor desde la vinculación indique un vehículo deseado diferente al patrón, práctica contractual que riñe con el ordenamiento legal.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr.: *Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente número 3872.

NIT: 60044945.

Autoridades Nacionales (Sanción Superbancaria). Fallo.

Actora: Compañía Nacional de Automotores S.A. "Concarro S.A."

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la Compañía Nacional de Automotores S.A. "Concarro S.A."; contra la sentencia de fecha 31 de julio de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la mencionada sociedad contra la Resolución número 2818 de fecha julio 2 de 1987, por medio

SECCION CUARTA

de la cual la Superintendencia Bancaria impuso un sanción pecuniaria, equivalente a la suma de un millón de pesos (\$1.000.000.00).

ANTECEDENTES:

Mediante inspección de carácter especial, realizada por la Superintendencia Bancaria a la sociedad "Concarro S.A.", estableció que ésta incumplía con lo dispuesto en el artículo 17 de la Resolución número 5958 de 1984, emanada de la Superintendencia Bancaria, por cuanto la Compañía ofrece y entrega vehículos que no corresponden al vehículo patrón, ni a uno de características similares. Así mismo, al permitir al cliente en el momento de vinculación, que señale como vehículo deseado uno diferente al vehículo patrón de referencia autorizado para el plan escogido por él.

Con base en los resultados de dicha visita, la Superintendencia Bancaria, solicitó explicaciones a la sociedad investigada, mediante oficio número IF-518/018340 del 29 de abril de 1987.

Con fecha 19 de mayo de 1987, la sociedad presentó los correspondientes descargos, y con base en ellos, y en lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, la Superintendencia Bancaria profirió la Resolución número 2828 del 2 de julio de 1987, por medio de la cual impone sanción pecuniaria a dicha sociedad en la suma de un millón de pesos M/Cte. (\$1.000.000.00), al considerar que de las explicaciones aducidas se evidencia "un propósito consciente y deliberado de cometer infracciones a las normas legales sin razón justificada diferente a su inconformidad con las mismas, lo cual dota de particular gravedad la conducta de la entidad como de quienes la representan".

En vista de lo anterior, la sociedad decidió acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual alega el acto administrativo acusado, viola los artículos 17 de la Resolución número 5958 de 1984 y 22 del Decreto 2920 de 1982, por indebida aplicación, por cuanto en ninguno de los ocho incisos del artículo 17 se prohíbe la práctica comercial que se indicó como determinante de la infracción que se sancionó en el acto administrativo acusado; y por falta de aplicación, del primer inciso del artículo 47 de la Ley 45 de 1923, por cuanto la Superintendencia Bancaria tenía la obligación previa a la imposición de la sanción de expedir la orden de suspensión que permitiera poner en marcha los mecanismos apropiados de ajuste dentro de un plazo razonable.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda, al considerar, en lo fundamental lo siguiente:

Que no existe interpretación errónea del artículo 17 de la Resolución número 5958 de 1984, por parte de la Superintendencia Bancaria, por cuanto es claro que de acuerdo con el marco legal de la misma, no es viable en ninguno de los eventos previstos para que el bien o servicio contratado en el plan consorcial sea reemplazado, la determinación anticipada de la alternativa a que haya lugar, al señalar en forma exclusiva los supuestos bajo los cuales se da la imposibilidad de entregar el bien o servicio inicialmente escogido para integrar el grupo respectivo.

Que la práctica glosada, desvía el objeto permitido a la operación de esta clase de sociedades administradoras de consorcios comerciales, al permitirse que el cliente reciba un vehículo usado en sustitución del considerado como patrón al ingresar al grupo y plan correspondiente.

Que el artículo 17, como norma de carácter general y preventiva, no puede dar lugar a institucionalizar mecanismos para evadir el cumplimiento de las obligaciones de las administradoras de los consorcios, sino que por el contrario ampara la ocurrencia futura del incumplimiento.

Que tampoco se configura la violación del artículo 47 de la Ley 45 de 1923, porque la previsión consagrada en dicha norma, no impide que se impongan las sanciones pecuniarias que de acuerdo con la falta cometida le corresponde aplicar como deber legal consagrado en las normas especiales, como es el caso de las sociedades que manejan dineros del público bajo el sistema de consorcios comerciales siendo procedente afirmar que las previsiones generales de 1923, han sido sustituidas por las normas especiales.

Que en consecuencia, el correctivo de carácter inmediato previsto en la Ley 45 de 1923, no es óbice para dar aplicación a la sanción que corresponde a la infracción comprobada.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad demandante, con oportunidad de sustentar este recurso, manifiesta su discrepancia con el fallo del tribunal; en síntesis expresa lo siguiente:

Que la conducta sancionada a la demandante no está consagrada en el artículo 17 de la Resolución número 5958 de 1984, expedida por la

SECCION CUARTA

Superintendencia Bancaria, y que en consecuencia *el a quo*, en "forma errónea y olvidando que se trata de una norma de carácter restrictivo de una actividad privada", realizó una interpretación extensiva de la misma y entendió que la práctica contractual objeto de la sanción, le está prohibida a los particulares.

Que la actividad de los consorcios comerciales se rige por normas de derecho privado, salvo en los relacionado con el control y vigilancia de las sociedades administradoras de tales consorcios y aquellas que establecen conductas de carácter imperativo.

En este marco conceptual y en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, podía válidamente la sociedad Concarro S.A., establecer de mutuo acuerdo con su clientela, el pacto contractual que generó la expedición del acto administrativo acusado. En amparo de su tesis cita una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre límites de intervencionismo estatal en la economía y menciona los artículos de la Constitución Nacional de 1991, en donde se consagra los principios de la responsabilidad de los particulares, la garantía de la propiedad privada, se reconoce la libertad de empresa y la iniciativa privada y las normas que fijan los parámetros en la intervención estatal.

Agrega, que el Tribunal "dio aplicación estricta a la teoría objetiva que determina la responsabilidad de los administrados por la simple concurrencia del hecho infringido, lo cual los hace merecedores automáticamente a la sanción establecida para el evento ocurrido", sin tener en cuenta las circunstancias en que ocurrieron los hechos y que descartan cualquier elemento de culpa imputable al actor.

Por último sostiene el apelante, que la Superintendencia Bancaria debió limitarse a dar aplicación al artículo 47 de la Ley 45 de 1923, y no sancionar pecuniariamente a la entidad vigilada.

LA PARTE OPOSITORA

El representante judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones del apelante, y pide a la Corporación confirmar la sentencia del Tribunal, aduciendo:

Que la Resolución número 5958 de la Superintendencia Bancaria, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 1º del Decreto 1970 de 1979, que asigna a dicha entidad el control y vigilancia de las sociedades que se dedican a "captar recursos de ahorro privado", como las sociedades

administradoras de consorcios comerciales, reguló los aspectos más importantes de esta actividad hasta el punto de determinar los requisitos de los contratos, remates, ofertas, conformación de grupos, entrega de bienes, etc. siendo esta reglamentación de obligatoria observancia para las entidades vigiladas, dada la trascendencia de la labor de "captación de recursos provenientes del ahorro privado"; en donde prima el interés público sobre el privado.

Que por ello la conducta sancionada debe analizarse a la luz de las normas que reglamentan las actividades que pueden desarrollar los consorcios comerciales, como lo es la Resolución número 5958 de 1984, siendo inexacto afirmar que la actividad de los consorcios "no tiene límite distinto a aquél donde se ponga en peligro la estabilidad y solidez de la empresa, de los usuarios o de intereses superiores consagrados en la ley".

Que de acuerdo con el artículo 17 de la resolución en cita, es regla general, que la sociedad administradora tiene la obligación a cargo de entregar el bien o servicio patrón, y solo por excepción, se permite su reemplazo por otro bien o servicio de características similares. Esta obligación es de género, en el entendido que le da la Corte Suprema de Justicia a tal acepción (G.J. XLIII, página 227) y que consiste en la entrega al suscriptor beneficiado con el sorteo o al que se le adjudique el bien, de un vehículo patrón cuyas características son establecidas con anterioridad, siendo el factor de cohesión y criterio determinante en la conformación del grupo.

Que dentro de la normatividad aplicable a los consorcios es importante el señalamiento del "bien o servicio determinado", el artículo 2º de la Resolución citada establece que las personas serán agrupadas en función de un "bien o servicio determinado"; el numeral 5º del artículo 8º señala como requisito del contrato la "indicación de la clase del bien o servicio" que se pretende adquirir, y el artículo 11, señala que la "formación de los grupos se efectuará reuniendo suscriptores interesados en la adquisición de un bien o servicio patrón determinado".

Que el pacto contractual de la conducta sancionada permitiría que la sociedad administradora de los consorcios se liberara de su obligación de entregar el vehículo patrón o el escogido por el suscriptor, convirtiéndose la obligación en alternativa, con lo cual se quebrantaría la estructura y filosofía sobre la cual está diseñada la normatividad de los consorcios.

Que si se pudiera pactar válidamente desde la iniciación del contrato la posibilidad de entregar otro vehículo distinto del vehículo patrón, la mencio-

SECCION CUARTA

nada norma carecería de sentido, porque la sociedad siempre tendría la facultad de liberarse de la obligación, entregando el vehículo indicado por el cliente, siendo excepcional la aplicación de la norma.

Que el artículo 47 de la Ley 45 de 1923, no es aplicable al presentar caso, en cuanto a la sanción se refiere, sino el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, que contempla el ejercicio de la facultad sancionatoria por parte de la Superintendencia Bancaria, según la cual debe multar una vez estudiados los descargos de la sociedad vigilada, cuando considera que ellos no son de recibo como ocurrió.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Sala, que la controversia se contrae a determinar si los hechos establecidos por la Superintendencia Bancaria en visita de carácter especial realizada a la sociedad Administradora de Consorcios "Concarro S.A." generan la sanción aplicada por dicha entidad con fundamento en los artículos 17 de la Resolución número 5958 de 1984, y 22 del Decreto 2920 de 1982, o si por el contrario, como sostiene el apoderado de la actora, tal práctica contractual podía realizarla su representada en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, sin que fuera viable encajarla como lo hizo la entidad dentro de las previsiones del citado artículo 17, cuya aplicación es de carácter restrictivo.

Observa la Sala, que la Superintendencia Bancaria mediante visita de carácter especial estableció que la sociedad actora administradora de consorcios comerciales "Concarro S.A." ofrece y entrega vehículos que no corresponden al vehículo patrón, ni a uno de características similares, y, desde la vinculación del suscriptor, permite que éste señale como vehículo deseado uno diferente al vehículo patrón de referencia autorizado para el plan escogido por él.

El artículo 17 de la Resolución número 5958 de 1984, en el que se fundamenta la actuación administrativa acusada, consagra textualmente:

"Artículo 17. Incumplimiento en la entrega de bienes o servicios. Cuando el incumplimiento en la entrega del bien o servicio sea imputable a la sociedad, ésta asumirá directamente los sobrecostos que se causen".

"Cuando por razones de mercado del bien o servicio objeto del contrato se haga imposible el cumplimiento, deberá comunicarse al suscriptor favorecido para que éste elija otro bien o servicio de características similares".

“Si el valor del bien o servicio es mayor, el suscriptor deberá asumir la diferencia, la cual cancelará antes de la entrega; si el precio es menor, la diferencia se abonará a las cuentas futuras; en fin, si quedare algún remanente, le será devuelto en efectivo al suscriptor”.

“Si el *bien o servicio patrón* es descontinuado o su importación se termina, seguirá rigiendo para el grupo un bien o servicio similar que la fábrica produzca en su lugar o que el importador ofrezca, previa autorización de la Superintendencia Bancaria”.

“Si la fábrica no sustituye el bien, o el importador no lo trae, se buscará en el mercado otro bien o servicio de precio y características similares que será el patrón para el respectivo grupo, de común acuerdo con los suscriptores no adjudicados. Las cuotas mensuales se reajustarán de acuerdo con el valor del nuevo bien o *servicio patrón*”.

“A falta de acuerdo entre los suscriptores no adjudicados, se procederá a la liquidación del grupo”.

“Si no es posible ninguna de las alternativas anteriores, se podrá ofrecer al suscriptor la devolución del monto de la adjudicación, deduciendo el valor de las cuotas futuras, a efecto de dar por terminado el contrato”.

“Si el suscriptor lo desea, es permitido que la sociedad, como alternativa última le entregue el monto total de la obligación deduciendo un cinco por (5%) del valor de la adjudicación siempre y cuando otorgue garantía real por el saldo de la deuda. En este evento, las cuotas seguirán sujetas a reajustes de acuerdo con las variaciones que registre el *bien o servicio patrón del respectivo grupo*”.

Es evidente que las compañías administradoras de consorcios, tienen obligación de entregar el bien o servicio patrón de referencia autorizado para cada plan. Y la posibilidad de reemplazarlo por uno de características similares, se encuentra contemplada como excepción, “cuando por razones del mercado del bien o servicio objeto del contrato se haga imposible el cumplimiento”.

Pero, la excepción no puede convertirse en regla, y menos aún desbordarla, como ocurre en el *sub lite*, toda vez que la sociedad no solamente ofrece y entrega vehículos que no corresponden al patrón autorizado, sino que además el que se reemplaza tampoco es de características similares, pues acepta que el suscriptor desde la vinculación indique un vehículo deseado que por lo general es diferente al patrón, que es nuevo, por uno usado, según se constata

SECCION CUARTA

a folios 98 a 110 de los antecedentes administrativos (verificación selectiva de algunos grupos).

Esta práctica contractual, riñe con el ordenamiento legal transcrito, al desbordar el marco legal dentro del cual se permite reemplazar el bien o servicio patrón autorizado para cada grupo, además, de resultar inequitativo para el suscriptor que en tales condiciones, debe cancelar en la misma forma que los demás integrantes del grupo los reajustes por incrementos de precios del vehículo patrón (vehículo nuevo) cuyos incrementos obviamente siempre son superiores a los de valorización de los usados.

Es principio de hermenéutica jurídica acudir a la Constitución Nacional, como fuente orientadora del intérprete. Nuestra Carta fundamental siempre ha consagrado el principio de la autonomía de la voluntad contractual, pero con una importante limitación que es la del orden público económico. Ya en repetidas oportunidades esta corporación ha dicho que la autonomía contractual se subordina al orden social y económico y que el intervencionismo de estado también lo consagra y desarrolla la Carta en defensa del ordenamiento económico y de los más débiles.

La Constitución anterior lo consagraba y la nueva tal como lo advierte el mismo apelante mantiene esos principios.

Así el artículo 333, consagra “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”.

Y el artículo 334, por su parte agrega: “La Dirección General de la Economía estará a cargo del Estado”.

La Constitución consagra entonces esas libertades, pero las mismas están limitadas también con un sentido social, en donde debe prevalecer el interés público sobre el privado.

Por ello no puede aceptarse en el caso que se debate el principio de la autonomía de la voluntad para desconocer el control y vigencia de la Superintendencia Bancaria, que se apoya en principios constitucionales.

En efecto a la Superintendencia Bancaria se le entrega la responsabilidad y por tanto la facultad de inspección y vigilancia de “las sociedades que se dedican a captar recursos del ahorro privado con destino a la formación de fondos en que participen grupos de personas interesadas en la adquisición de determinados bienes y servicios, mediante abonos anticipados, periódicos o excepcionales de cuotas que comprendan el valor del bien o servicio y los gastos de administración del fondo o gestiones del grupo correspondiente”.

Esta actividad está claramente definida en la Constitución como de interés público (art. 335).

Siendo entonces, que la actividad que ejercen las sociedades administradoras de consorcios, es reglada, a tal ordenamiento legal deben sujetarse en el desarrollo de su objeto social so pena de incurrir en irregularidades sancionables por la entidad encargada de ejercer el correspondiente control y vigilancia.

Los anteriores argumentos, son suficientes para desestimar la pretensión del apelante en este punto, ya que como ha quedado establecido la Superintendencia Bancaria actuó acorde con la ley.

Ahora bien, en cuanto al cargo propuesto por falta de aplicación del artículo 47 de la Ley 45 de 1923 (Ley de Bancos) que prevé la expedición de una orden de suspensión de las actividades no autorizadas o inseguras, advierte la Sala, que este cargo tal como lo consideró el Tribunal, no tiene vocación de prosperidad.

En efecto, la previsión contemplada en dicha disposición, no solamente es de carácter "potestativo" del Superintendente Bancario, sino que además la misma está referida a los establecimientos bancarios, es decir, está orientada hacia la actividad bancaria, que no es la que realiza la actora.

Contrario sensu, el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, en la cual se basó la actuación administrativa, consagra la facultad sancionatoria por parte de la Superintendencia Bancaria, como "obligatoria" cuando quiera que se advierta la trasgresión de alguna disposición por parte de las instituciones vigiladas, como aconteció en el caso *sub lite*, una vez estudiados los descargos correspondientes a las explicaciones solicitadas, procedimiento que se verificó debidamente en el *sub examine*, de donde se infiere la legalidad de la sanción.

Finalmente se advierte, que dada la naturaleza jurídica de las normas infringidas no le son aplicables los principios que orientan el procedimiento penal, como el de la culpabilidad, toda vez que aquellos se rigen por las normas especiales de policía administrativa que expide el Gobierno y las del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

SECCION CUARTA

FALLA:

Confírmase la sentencia de fecha 31 de julio de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala *Jaime Abella Zárate,*
Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

PREDIO NO INCORPORADO / MEJORA NO INCORPORADA / CATASTRO / IMPUESTO PREDIAL

De conformidad con el artículo 19 de la Ley 14 de 1983 puede precisarse que únicamente los propietarios o poseedores de predios o mejoras no incorporadas al catastro tienen la obligación de suministrar a las Oficinas de Catastro, o al Instituto Geográfico Agustín Codazzi o a las tesorerías Municipales el valor y fecha de adquisición o posesión de predios así como el valor y fecha de terminación de las mejoras. De acuerdo con lo que obra en el expediente es claro que el edificio cuestionado estaba inscrito debidamente en el catastro, y por tanto a la sociedad actora propietaria de tal inmueble no le es aplicable el artículo 19 de la Ley 14 de 1983, que se refiere a los propietarios o poseedores de predio o mejoras no incorporados al catastro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 12 de 1993.

Consejera Ponente: Dr. Consuelo Sarria Olcos.

Ref.: Radicación 4405.

Apelación sentencia de julio 31 de 1992 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 69 de 30 de enero de 1990 de la dirección Distrital de Impuestos.

Actor: Banco de Bogotá. S.A. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Distrito Capital, contra la sentencia de 31 de julio de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución número 069 de 30 de enero de 1990, expedida por la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda de Bogotá.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES:

El extinto Banco de los Andes adquirió por medio de la escritura pública número 2036 de 24 de junio de 1944 de la Notaría 3ª de Bogotá, una casa junto con el lote de terreno en el que estaba levantada, ubicada en la calle 13 y distinguida con los números 11-28/34/36/40, sobre este globo de terreno se construyó un edificio de ocho pisos, sujeto al régimen de propiedad horizontal, denominado "Edificio Nariño", al que se le determinaron 92 unidades privadas.

El Banco de los Andes se fusionó con el Banco de Bogotá, quedando el primero disuelto desde la fecha en que se perfeccionó la fusión. El Banco de Bogotá se constituyó como único propietario del Edificio Nariño.

Inicialmente el Banco de los Andes, y luego el Banco de Bogotá, efectuaron los pagos del impuesto predial y sus complementarios referentes al Edificio Nariño, de conformidad con las liquidaciones practicadas por las autoridades distritales y correspondientes a las vigencias 1966 a 1988. Las liquidaciones y pagos se realizaron sobre la cédula catastral número A15-10-15, que fue la asignada a todo el edificio, de acuerdo con la escritura pública número 6623 de 5 de noviembre de 1965 de la Notaría 5ª de Bogotá.

El 26 de agosto de 1988 el Banco de Bogotá solicitó al Catastro de Bogotá, que le asignara a cada unidad privada del Edificio Nariño su correspondiente cédula catastral.

El 2 de febrero de 1989 el Banco de Bogotá solicitó a la Dirección Distrital de Impuestos la aclaración del estado de cuenta recibido a comienzos del año 1989 en relación con el impuesto predial sobre el Edificio Nariño, por las vigencias 1966 a 1989.

La administración Distrital resolvió la anterior solicitud a través de la Resolución número 843 de 6 de diciembre de 1989, modificada por la Resolución número 862 de 14 de diciembre de 1989, liquidando a 14 unidades privadas (1 local comercial y 13 oficinas) una sanción moratoria y el impuesto predial y sus complementarios por los vigencias 1966 a 1988 y el impuesto predial correspondiente a 1989.

Posteriormente la Administración Distrital expidió la Resolución número 069 de 30 de enero de 1990, mediante la cual liquidó una sanción moratoria por las vigencias 1966 a 1988, y el impuesto predial y sus complementarios por 1989, en relación con 78 unidades privadas. El total liquidado ascendió a la suma de \$14.753.706, de la cual se dedujeron \$35.668 (por concepto de

CAR), quedando como saldo a pagar por el contribuyente la suma de \$14.718.038. Contra esta resolución no procedía ningún recurso en la vía gubernativa, de conformidad con los artículos 49 del Decreto 01 de 1984 y 13 del Acuerdo 15 de 1987 del Concejo de Bogotá.

LA DEMANDA:

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

-La determinación y liquidación oficial de la sanción moratoria en cuantía de \$14.051.376, en concepto de la sociedad actora, implicó la violación de las siguientes normas:

1. Artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional, 17, 26, 88 y 90 de la Ley 14 de 1983, 20 y 21 del Decreto 3496 de 1983, 8º de la Ley 57 de 1985.

El artículo 19 de la Ley 14 de 1983 se refiere a bienes o mejoras que no figuran incorporados en el catastro respecto de los cuales las autoridades respectivas no tienen información sobre su existencia material con la precisión de los actos jurídicos por medio de los cuales se adquirieron. El Edificio Nariño no se encontraba en la situación interior porque en el Catastro figuraba incorporada la construcción, y la misma administración había tomado ese dato del reglamento de propiedad horizontal que reposaba en sus archivos.

El hecho de que la sociedad actora hubiera solicitado el desengloble del inmueble (reconocimiento de la independencia jurídica para cada una de las unidades privadas que conformaban el Edificio Nariño), no constituye reconocimiento de ninguna infracción, porque el artículo 19 *ib.* tiene en cuenta el aspecto material, y la totalidad de la construcción sí aparecía incorporada al Catastro.

La administración aplicó por tanto, indebidamente los artículos 19, 26 y 88 de la Ley 14 de 1983, 20 y 21 del Decreto reglamentario 3496 de 1983.

Por otra parte, la resolución demandada vulneró los artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional y 8º de la Ley 57 de 1985, al establecer una sanción con retroactividad al año 1966, porque las normas que consagran la sanción entraron a regir el 6 de julio de 1983.

2. Artículos 26 de la Constitución Nacional y 84 del Decreto 01 de 1984, porque la administración impuso una sanción con desconocimiento del derecho de defensa.

La Sociedad actora no tuvo la oportunidad de ser oída previamente a la imposición de la referida sanción.

SECCION CUARTA

3. Artículos 19, 26 y 88 de la Ley 14 de 1983, 80 y 375 del Código Penal.

La obligación de suministrar la información consagrada en el artículo 19 de la Ley 14 de 1983 debía cumplirse dentro del año siguiente a la vigencia de la ley (6 de julio de 1983), o sea que a partir del 7 de julio de 1984, los propietarios que no hubieran cumplido con tal obligación se harían acreedores a la sanción prevista en los artículos 26 y 88 *ib.* Pero como la facultad sancionatoria sólo podía utilizarse dentro de los cinco años siguientes, de conformidad con los artículos 80 y 375 del Código Penal, y la resolución acusada tiene fecha de 30 de enero de 1990, ya había vencido la facultad sancionatoria (el 7 de julio de 1989).

4. La determinación y liquidación del impuesto predial y sus complementarios por el año de 1989 con base en avalúos catastrales que tuvieron en cuenta ajustes incorporados desde 1966, conllevó la violación de los artículos 19 de la Ley 14 de 1983, 20 y 21 del Decreto reglamentario 3496 de 1983.

El avalúo catastral que se tuvo en cuenta incorporó ajustes retroactivos que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 3496 de 1983 sólo eran procedentes en el evento de que el propietario o poseedor tuviera la obligación de informar prevista en el artículo 19 de la Ley 14 de 1983, situación que no se presenta en este caso como ya se indicó anteriormente.

LA OPOSICION:

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demandante argumentando que de conformidad con lo establecido por el artículo 19 de la Ley 14 de 1983, “los propietarios de predios tendrán la obligación de comunicar a las oficinas de catastro tanto el valor como la fecha de adquisición de dichos inmuebles con el fin de que esta Entidad los incorpore con los ajustes correspondientes como avalúos inmueble (sic)” (fl. 638).

Formuló la excepción de caducidad de la acción indicando que como el acto acusado fue notificado el 31 de enero de 1990 y el plazo de los cuatro meses vencía el 31 de mayo de 1990, al haberse presentando la demanda el 1º de junio de 1990 ya se hallaba caducada la acción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

En relación con la excepción de caducidad de la acción indicó el Tribunal que no prosperaba porque el 31 de mayo de 1990 estaban suspendidos los

términos y por lo tanto, se corrían al día hábil siguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal.

Con respecto al primer cargo planteado en la demanda, el Tribunal expresó que del análisis del artículo 19 de la Ley 14 de 1983 surge que sólo los propietarios o poseedores de predios o mejoras no incorporados al catastro están obligados a suministrar la información a la Oficina de Catastro, y que, por el contrario, los propietarios de predios o mejoras ya incluidos en el catastro no tienen tal obligación. Además, dentro de la misma resolución demandada, “se dice que: ‘los predios figuran inscritos a nombre del Banco de los Andes... y posteriormente por fusión pasaron a propiedad del Banco de Bogotá’” (fl. 813).

La sanción moratoria que prevé el artículo 26 de la Ley 14 se aplica a los impuestos dejados de pagar, pero en el presente caso tal evento no ocurrió ya que los impuestos se habían cancelado. La sanción fue el resultado de la equivocada interpretación que le dio la administración al artículo 19 *ib.* por no haberse informado a la oficina de catastro el cambio de propietario.

Por otra parte, la solicitud de desenglobe de los apartamentos para determinar la propiedad horizontal no ocasionó ningún interés moratorio, pues ya se habían cancelado previamente los impuestos.

Como prosperó el primer cargo, el Tribunal *a quo* no se pronunció sobre los demás.

EL RECURSO DE APELACION:

La apoderada de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

La sociedad actora sólo hasta el año de 1988 solicitó el desenglobe del inmueble, incumpliendo lo establecido en el artículo 19 de la Ley 14 de 1983, surgiendo así la aplicación de los artículos 26 y 88 *ib.*

Después de analizar los artículos 19 y 26 *ib.*, afirma que la sociedad actora incumplió la obligación tributaria de comunicar al catastro la fecha de adquisición del inmueble y el valor, para que fueran incorporados tales valores con los ajustes como avalúos del inmueble, procediendo la aplicación del artículo 26 *ib.*

Tal norma faculta a la Administración para que cobre al propietario del predio los impuestos dejados de pagar, causados desde que adquirió el inmueble hasta que solicitó el desenglobe. Se liquidó una sanción moratoria y

SECCION CUARTA

en ella se le tuvo en cuenta al propietario los pagos por concepto de impuesto predial y complementarios que demostró.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la entidad demandada dentro de esta oportunidad procesal, repite los argumentos plateados al sustentar el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia.

El apoderado de la actora se opone a la prosperidad del recurso de apelación argumentando que:

En el expediente obra plena evidencia de que en el catastro figuraba inscrito el Edificio Nariño como un todo, desde 1966 fecha en que el Banco de Bogotá (la parte actora) lo adquirió, y que por tal motivo no le es aplicable el artículo 19 de la Ley 14 de 1983, que se refiere a construcciones o mejoras no incorporadas al catastro, "el Banco no tenía por qué informar algo que ya estaba incorporado y sobre lo cual venía pagando cumplidamente sus impuestos" (folio 837).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Encuentra la Sala que para resolver esta controversia se debe determinar el alcance del artículo 19 de la Ley 14 de 1983, el cual establece que:

"Los propietarios o poseedores de predios o mejoras no incorporados al Catastro, tendrán obligación de comunicar a las oficinas seccionales del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', o a las oficinas de Catastro de Bogotá, Cali, Medellín y Antioquia o a las Tesorerías Municipales en donde no estuvieren establecidas dichas oficinas, tanto el valor como la fecha de adquisición o posesión de estos inmuebles así como también la fecha de terminación y el valor de las mejoras con el fin de que dichas entidades incorporen estos valores con los ajustes correspondientes como avalúos del inmueble.

....".

De conformidad con la norma trascrita puede precisarse que únicamente los propietarios o poseedores de predios o mejoras no incorporadas al catastro tienen la obligación de suministrar a las oficinas de Catastro, o al Instituto Geográfico Agustín Codazzi o a las Tesorerías Municipales el valor y fecha de adquisición o posesión de los predios, así como el valor y fecha de terminación de las mejoras.

Obra en el expediente a folio 731 del cuaderno principal, certificación del Secretario General del Departamento Administrativo de Catastro Distrital en la cual se indica:

“Que el predio ubicado en la calle 13 número 11-28, con cédula catastral número A15-10-15, fue inscrito inicialmente en el archivo físico catastral a nombre de Esther de Bodmer, el 26 de noviembre de 1931.

“Que en dicho predio figuró como último propietario el Banco de Bogotá, según escritura pública número 1614 de 30 de abril de 1968 otorgada por la Notaría 9ª de Bogotá...

“Que el predio con cédula catastral A15-10-15, dio división para las cédulas catastrales A15-10-15-1 al A15-10-15-92, por medio de la escritura 6623 del 5 de noviembre de 1965, otorgada por la Notaría 5ª de Bogotá...”.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el Edificio Nariño ubicado en el predio identificado con la cédula catastral número A15-10-15 estaba inscrito debidamente en el catastro, desde antes de la fecha en que llegó a ser de propiedad del Banco de Bogotá, y por tanto, a la sociedad actora propietaria de tal inmueble no le es aplicable el artículo 19 de la Ley 14 de 1983, que se refiere a los propietarios o poseedores de predios o mejoras *no* incorporados al catastro.

Además con fundamento en lo antes expuesto se observa que la sanción moratoria establecida por los artículos 26 y 88 de la Ley 14 de 1983 para los impuestos dejados de pagar de acuerdo con la liquidación que prevé el artículo 19 *ib.*, así como lo indicó el Tribunal, no es procedente en el caso *sub examine* por cuanto la sociedad actora canceló las sumas correspondientes al impuesto predial y sus complementarios por las vigencias 1968 a 1988 en relación con el Edificio Nariño, tal como consta en los recibos de pago expendidos por la Tesorería Distrital (fls. 528 a 547 y 551 a 626 del cdno. ppal.).

Por otra parte, la solicitud de “desenglobe” del inmueble para determinar la propiedad horizontal que corresponde a cada unidad privada, a diferencia de lo planteado por la entidad demandada al sustentar el recurso de apelación, no genera ninguna sanción moratoria toda vez que se trata de una cuestión diferente de las reguladas en el artículo 19 transcrito, las cuales sí generan la obligación para el propietario de informar a la administración, toda vez que se refieren al valor del inmueble sobre el cual se va a liquidar el impuesto predial; y menos habría lugar a sanción, si como en el caso de autos, se canceló el impuesto predial correspondiente a los años 1966 a 1988, oportunamente.

SECCION CUARTA

Precisado lo anterior, la determinación y liquidación del impuesto predial y sus complementarios por la vigencia de 1989 se debía realizar de conformidad con la normatividad vigente para la época con exclusión de los efectos sancionatorios previstos en los artículos 19, 26 y 88 de la Ley 14 de 1983.

Por todo lo anterior, la Sala no comparte los planteamientos de la recurrente y habrá de confirmar la sentencia apelada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conh. Presidente de la Sección. *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA - Retiro/ CADUCIDAD - Interrupción/ AMNISTIA DE IMPUGNACIONES

La demanda presentada y retirada por el actor mismo antes de que el juez alcance a disponer sobre su admisión y no existiendo de por medio medidas preventivas, es tanto como si no se hubiera presentado y ningún efecto jurídico puede atribuirsele. Si la demanda defectuosa no interrumpe el término de caducidad de la acción, según lo expresa claramente el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo menos puede hacerlo la demanda retirada, que es tanto como no haber demandado. En consecuencia la situación encajada en la prevista en el parágrafo 1º del artículo 54 de la Ley 75 de 1986 (diciembre 23) por cuanto el término de caducidad no había vencido, pues en razón de la vacancia judicial se prorrogó hasta el 11 de enero. De ahí que la solicitud de amnistía presentada podía hacer caso omiso de la “demanda” presentada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4262.

Impuesto Renta. Fallo.

Actor: Hernando Londoño y Asociados S. en C.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad Hernando Londoño y Asociados S. en C., contra la sentencia del 18 de mayo de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos por medio de los cuales se negó la amnistía tributaria consagrada en la Ley 75 de 1986.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en la declaración de renta año gravable 1981, en su adición, y en la respuesta al Requerimiento Especial 114 de marzo 20 de 1984, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó y notificó la Liquidación de Revisión 100200 de julio 13 del mismo año.

Adicionó la renta declarada con la suma de \$252.354 correspondiente a honorarios recibidos de Leasing de Colombia S.A. y de las deducciones propuestas rechazó las siguientes: deducciones de aportes, salarios, intereses e impuestos por un total de \$17.376.481.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 000256 del 15 de mayo de 1986, modificó la decisión oficial. Aceptó por estar comprobados aportes parafiscales, salarios y otros pagos por \$4.507.239.

Mantuvo la adición de ingresos y las demás erogaciones glosadas.

Sometido al grado jurisdiccional de consulta, la Dirección General de Impuestos Nacionales, por Resolución 0521 del 11 de agosto de 1986, notificada el 25 del mismo mes y año, improbió la anterior decisión. Reconoció como deducibles gastos por \$5.751.000. Esto es, que no obstante limitar el correspondiente aporte al SENA a \$86.297, aceptó la erogación por salarios en la suma de \$3.817.439, y corrigió el error aritmético en que por valor de \$666.054 se incurrió en contra del contribuyente.

Agotada la vía gubernativa, el 19 de diciembre de 1986 según da cuenta la demanda (fl. 130), la sociedad acudió ante la jurisdicción en procura de la nulidad de aquellos actos administrativos, dejando constancia de que la intención de la empresa era la de hacer uso de la amnistía prevista en la Ley de Reforma Tributaria que cursaba en el Congreso en esa oportunidad y condicionó su pretensión a la expedición de la ley.

Como efectivamente el día 23 de diciembre siguiente se expidió la Ley 75 de 1986, la demanda fue retirada el 30 de enero de 1987.

El 30 de abril del mismo año, o sea oportunamente, la sociedad presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, memorial accogiéndose a la amnistía consagrada por el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 y artículo 16 de su Decreto Reglamentario 260 de 1987.

Por Resolución 0006 del 12 de octubre de 1989, la División de Recursos Tributarios, negó el beneficio invocado. Estimó la dependencia oficial que, de

acuerdo con el artículo 16 del último citado estatuto, para viabilidad del tratamiento preferencial era presupuesto indispensable que a 31 de enero de 1987, la contribuyente se encontrara dentro del término de caducidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De tal suerte que, habiendo sido notificada la Resolución 521 el 25 de agosto de 1986, aquel plazo expiró el 25 de diciembre del mismo período y aún aceptando que precluyó el 11 de enero de 1987, lo cierto es que a 31 de enero de este año, no se encontraba la sociedad dentro del término de caducidad.

Agotada la vía gubernativa, el apoderado de la sociedad demandó para que “se anulen (C.C.A., art. 85) los actos administrativos por medio de los cuales se negó la amnistía tributaria consagrada en la Ley 75 de 1986, determinando un mayor impuesto de renta y complementarios a cargo de la contribuyente..., por el año gravable de 1981, contenidos en la Resolución 0006 de octubre 12 de 1989 emanada de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Bogotá, notificada personalmente al representante legal de la compañía el día 19 de octubre de 1989, con lo cual se agotó la vía gubernativa en debida forma, y ordene que como consecuencia de la anulación de los actos administrativos antes mencionados, se restablezca el derecho..., modificando la resolución y aceptando la amnistía solicitada de acuerdo con las pretensiones de la demanda”.

Citó como disposiciones violadas, entre otras, las siguientes:

Artículos 683, 742, 743, 746 del Estatuto Tributario y el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 por cuanto se niega al contribuyente el beneficio de la amnistía consagrada en dicha norma.

Con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Nacional y en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, solicitó aplicación de la excepción de ilegalidad.

Estima en síntesis que, el Gobierno se extralimitó en sus funciones reglamentarias.

La Ley 75 de 1986, dice, consagró varios tipos de amnistía, entre éstas la prevista en el artículo 54 para lo cual previó el cumplimiento de varios requisitos y en el párrafo 1º dijo:

“Los contribuyentes cuyas reclamaciones se encuentren dentro del término de caducidad para acudir ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y no lo hubieren hecho, podrán acogerse a lo previsto en el literal c) de este artículo”.

SECCION CUARTA

Así las cosas entiende que, el artículo 16 del Decreto Reglamentario 260 de 1987 excedió los términos legales y por ello debe ser inaplicable.

Agrega que la ley no condicionó “temporalmente hacia el pasado ni hacia el futuro el hecho de encontrarse dentro del término de caducidad”, como sí lo hizo el decreto reglamentario al fijar que para gozar del derecho a la amnistía debería encontrarse dentro del término de caducidad a 31 de enero de 1987, lo que significa que éste varió el presupuesto de hecho consagrado por aquella ley.

Reitera que como la Resolución 0521 de agosto 11 de 1986 que resolvió la consulta, se notificó el 25 de agosto del mismo año, se tenía plazo para ejercitar la acción de restablecimiento del derecho hasta el 25 de diciembre y más aún hasta el 11 de enero de 1987 por la vacancia judicial, de lo cual infiere que la sociedad tenía la posibilidad de invocar la amnistía porque a la fecha de la expedición de la Ley 75 de 1986, o sea el 24 de diciembre se encontraba dentro del término de caducidad.

Por lo demás el rechazo de aquel beneficio lo considera injustificado porque la sociedad cumplió con los presupuestos requeridos por la ley para su procedencia.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 18 de mayo de 1992, denegó las súplicas de la demanda. Con apoyo del artículo 66 del C.C.A. desechó por improcedente la excepción de ilegalidad y con respaldo en el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 y artículo 16 del Decreto 260 de 1987, adhirió a la actuación gubernativa agregando además, que el beneficio era inoperante porque para su viabilidad era también requisito no haber acudido ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

LA APELACION

El apoderado de la sociedad apela de la decisión. Recalda la viabilidad de la excepción de ilegalidad con sustento en el artículo 4º de la Constitución, principio consagrado igualmente en el artículo 215 de la Constitución de 1886 y en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

Invoca jurisprudencia proferida por esta Corporación y lo expuesto sobre el tema por varios tratadistas para concluir que no tiene cabida la afirmación del Tribunal, al decir que el cargo no es de recibo con base en el artículo 66 del C.C.A.

Entiende que el hecho de que la sociedad hubiera presentado demanda ante el Tribunal, el 19 de diciembre de 1986 para que se anularan los actos administrativos que determinaron un mayor impuesto a su cargo, no implica que se hubiera trabado la relación jurídica procesal porque, aquella demanda se retiró el 30 de enero de 1987 cuando para entonces no se había notificado la parte demandada. Esto es, no existía proceso alguno al momento de acogerse a la amnistía.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El demandante reitera sus argumentos y solicita a la Corporación revisar la actuación de primera instancia y proferir fallo de mérito a favor de la sociedad.

El apoderado de la parte demandada de otra parte, se opone a las pretensiones del demandante y solicita se confirme la sentencia apelada.

Hace hincapié en que la contribuyente no satisfizo todos los requisitos para tener derecho a la amnistía tributaria. Transcribe apartes de la sentencia proferida el 27 de abril de 1972 por la Corte Suprema de Justicia, en donde se establece ampliamente el significado del término *caducidad*, para concluir que ni el 19 de diciembre de 1986, ni el 31 de enero de 1987, la empresa se encontraba dentro del término de caducidad, como quiera que éste se había agotado al acudir en demanda ante el Tribunal, en la primera de las fechas citadas.

Distingue entre los conceptos "acudir ante los Tribunales Contencioso Administrativos" y "proceso". En el primer caso, dice, se hace referencia al hecho de interponer la respectiva acción, que se materializa mediante la presentación del escrito contentivo de las pretensiones. En cambio cuando se habla del proceso, se quiere significar que la relación jurídica procesal se ha trabado, circunstancia que ocurre en fecha posterior al primero.

Invoca como igualmente lo hace el actor, jurisprudencia de la Corporación para refutar la procedencia de la excepción de ilegalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1. *Amnistías de recursos y demandas en la Ley 75 de 1986*

Para la Sala el punto neurálgico de la controversia se concreta en determinar si la demanda "condicionada" que presentó la sociedad el 19 de diciembre de 1986 y retiró posteriormente, antes de que fuera aceptada por el Tribunal, produjo o no los efectos contemplados en la Ley 75 de 1986 para

SECCION CUARTA

qué fuera procedente la amnistía de reclamaciones y procesos en materia de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El punto tiene importancia porque la ley consagró mecanismos semejantes para aceptar la amnistía de las reclamaciones que se tramitaban ante la misma Administración, de las que ya habían salido de su órbita y pasado a la jurisdiccional por demanda ante los Tribunales. Fundamentalmente las condiciones consistían en aceptar una parte del impuesto discutido y desistir bien de la reclamación o bien de la acción, según donde se encontrara la controversia. La diferencia se medía por el nivel en que se encontraba la reclamación, con el criterio de que era mayor la parte del impuesto que reclamaba para sí el Estado si había avanzado en su curso; para tal efecto estableció la ley en sus artículos 54 y 55 distintos porcentajes que debía cancelar el contribuyente según el estado en que se encontrara su reclamación, así:

a) Un 25% si no se había notificado liquidación oficial y estuviere en curso requerimiento especial, pliego de cargo, etc.;

b) Un 50% si ya se hubiere notificado la liquidación y estuviere pendiente el fallo de la reclamación;

c) Un 65% si el proceso se hallaba en primera instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa, y

d) Un 80% si se hallaba a conocimiento del Consejo de Estado.

El Gobierno Nacional explicó al Congreso la finalidad de estas amnistías en la exposición de motivos de la que fue Ley 75, así:

“En un intento por descongestionar la administración tributaria se concede a los contribuyentes la posibilidad de desistir de las acciones y recursos emprendidos tanto en la vía gubernativa como en la jurisdiccional, previo el pago de una parte del impuesto discutido. Se busca de esta manera, crear las condiciones administrativas propicias para liberar a la administración tributaria y a los tribunales de lo contencioso administrativo, de los dispendiosos trámites que genera la discusión del tributo, creando así las premisas para una nueva estructura administrativa, que libre de trámites, pueda afrontar con eficiencia el nuevo esquema tributario”.

La ley contempló el evento de reclamaciones que se encontraban en una etapa intermedia entre la Administración y el Tribunal y para ello dispuso en el párrafo 1º del artículo 54:

“Parágrafo 1º. Los contribuyentes cuyas reclamaciones se encuentren dentro del término de caducidad para acudir ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo *y no lo hubieren hecho*, podrán acogerse a lo previsto en el literal c) de este artículo” (se refiere al pago del 50%; resalta la Sala).

Esta norma es preciso relacionarla con el artículo 55 que regulaba la amnistía de las reclamaciones ya presentadas ante el Tribunal, para lo cual dijo:

“Artículo 55. Los contribuyentes de impuestos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, *que hayan presentado demanda* de revisión de impuestos o de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con respecto a la cual no se haya proferido sentencia definitiva, y desistan totalmente de su acción, quedarán exonerados ...” (resalta la Sala).

2. El caso del debaté

El problema que se ha debatido en este proceso con relación a la demanda presentada por la sociedad el 19 de diciembre de 1986, claramente debe resolverse en forma favorable a las peticiones de ésta, por las siguientes consideraciones:

a) La demanda (aunque no en forma técnica ni usual), la presentó el apoderado de la sociedad en forma condicional a la expedición de la ley que estaba en proceso de expedición en el Congreso y cuyo texto era conocido públicamente. Condicionar la demanda a tal circunstancia constituía un aspecto de técnica jurídica que le correspondía examinar y resolver al Tribunal cuando fuera a aceptarla. Pero no fue necesario porque no alcanzó el tribunal a llegar a tal momento, ya que el contribuyente retiró la demanda sin que ésta hubiera alcanzado a ser aceptada. Dijo el Tribunal en Auto de fecha 30 de enero de 1987 (fl. 148 marcador azul):

“...Como la presentación de la demanda está condicionada a la expedición de la reforma tributaria y ésta fue expedida (Ley 75 del 23 de diciembre de 1986), por la Secretaría, a términos del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil devuélvase al interesado, sin necesidad de desglose, la demanda y anexos presentados por Hernando Londoño y Asociados S. en C. por el año 1981, Impuesto de Renta”;

b) La demanda presentada y retirada por el actor mismo antes de que el juez alcance a disponer sobre su admisión y no existiendo de por medio

SECCION CUARTA

medidas preventivas, es tanto como si no se hubiera presentado y ningún efecto jurídico puede atribuirsele. "Mientras no se haya notificado al demandado el auto admisorio de la demanda, ésta podrá ser retirada por el demandante, siempre que no se hayan practicado antes medidas cautelares" dice el profesor Hernando Morales (pág. 341, Curso de Derecho Procesal Civil);

c) Si la demanda defectuosa no interrumpe el término de caducidad de la acción, según lo expresa claramente el artículo 143 del C.C.A. menos aún puede hacerlo la demanda retirada, que es tanto como no haber demandado.

En consecuencia, la situación encajaba en la prevista en el párrafo 1º del artículo 54 de la Ley 75 de 1986 (diciembre 23) por cuanto el término de caducidad no había vencido, pues en razón de la vacancia judicial se prorrogó hasta el 11 de enero.

De ahí que la solicitud de amnistía posteriormente presentada (dentro del término legal) podía hacer caso omiso de la "demanda" presentada, retirada y ya devuelta por el Tribunal.

Podía aceptarse que se trataba de una de las reclamaciones culminadas en vía gubernativa y no iniciadas en la jurisdiccional, a las cuales se les aplicaban los mismos requisitos que a las reclamaciones existentes en la Administración, con pago del 50% del impuesto discutido.

En materia de amnistía ha sido criterio de la Sección consultar la finalidad para la cual haya sido decretada por la ley y atenerse al espíritu de ésta más que a los requisitos y formalidades que en no pocas ocasiones dificultan su otorgamiento, con lo que resultan frustradas las expectativas de los contribuyentes que se acogen a ellas.

Establecido como ha quedado anteriormente que la compañía tenía derecho a acogerse a la amnistía invocada, es necesario determinar si aquella cumplió con los requisitos previstos para su viabilidad.

Aparecen dentro del proceso los siguientes documentos:

a) Memorial peticionario de la amnistía consagrada en el artículo 54 de la Ley 75 de 1986, radicado ante la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Bogotá, el 30 de abril de 1987, contentivo de la manifestación expresa del desistimiento de las acciones ante lo Contencioso Administrativo y de aceptación del mayor impuesto

de renta a deber por el año gravable de 1981, es decir, fue una solicitud oportuna;

b) Copia de la liquidación provisional, de que trata el artículo 18 del Decreto 260 de 1987, contentiva del mayor impuesto aceptado por valor de \$3.525.767 por el año gravable de 1981 y fotocopias autenticadas de los recibos de pago números MC0394015 y MC412201 del 28 y 30 de abril de 1987 que acreditan el pago del cincuenta por ciento (50%) del mayor impuesto aceptado que era el porcentaje correspondiente a tales eventos;

c) Fotocopia autenticada de la declaración de renta año gravable 1985, contentiva de la liquidación privada por valor de \$292.260 con fotocopias autenticadas de certificados de retención en la fuente, y anticipos que acreditan que por tal año, la sociedad resultó con un saldo a su favor de \$1.128.379;

d) Fotocopias autenticadas de los certificados de retención en la fuente, de los recibos de pago números TG305283 y 489089 y de traslados que acreditan el pago de la liquidación privada 1981. (Ver cuaderno anexo, fls. 2 a 81).

De la confrontación entre los actos que determinaron el impuesto a cargo de la actora y su respectiva liquidación privada del Impuesto de Renta por el año gravable 1981 surge la siguiente diferencia:

Impuesto establecido en la liquidación de revisión 100200 de julio 13 de 1984	\$3.660.497
Impuesto según liquidación privada	134.730
Mayor valor determinado por la administración Se encuentra acreditado de autos como antes se anotó que la contribuyente canceló el valor de su liquidación privada del impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio gravable 1981 por valor de	\$3.525.767
y del 50% del mayor impuesto de renta aceptado, sin las sanciones e intereses correspondientes según recibos ya mencionados	134.730
	1.762.884
Total pagos por el año gravable 1981 acreditados en el proceso	\$1.897.614

SECCION CUARTA

También se acreditó que en la liquidación privada del impuesto por el año gravable 1985, no figuraba obligación a cargo de la declarante.

Esto es, la contribuyente cumplió los presupuestos legales y los requisitos previstos por las normas reguladoras de la amnistía que la hacen acreedora de ésta. (Art. 54 Ley 75 de 1986).

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

FALLA:

1º Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, el 18 de mayo de 1992, en el juicio número 7550.

2º Acéptase el desistimiento de la acción contenciosa presentado en el memorial petitorio de la amnistía por la compañía Hernando Londoño y Asociados S. en C.. NIT: 60.072.045, contra la determinación administrativa del Impuesto sobre la Renta a su cargo por el ejercicio gravable 1981.

3º Anúlense la liquidación de Revisión 100200 del 13 de julio de 1984 y los actos que la modificaron expedidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

4º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 75 de 1986, declárase extinguida la obligación a cargo de la misma sociedad, por concepto del Impuesto sobre la Renta que le correspondía pagar por el ejercicio 1981 que ascendió a la cantidad de un millón ochocientos noventa y siete mil seiscientos catorce pesos (\$1.897.614) m/cte., que se encuentra totalmente cancelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos,* ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACCION DE NULIDAD - Improcedencia/INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES / ACTO GENERAL / ACTO PARTICULAR/CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Si en el libelo se planteó la nulidad de actos administrativos de carácter general, ha debido el fallador analizar si tenía jurisdicción y competencia con relación a la acción de restablecimiento del derecho, para pronunciarse sobre ella y declararse inhibido con respecto a las demás pretensiones. La acción de restablecimiento no cabía contra el decreto del alcalde, ni contra la resolución del IDU, por tratarse de actos de carácter general; pero el contenido de la resolución en la cual el IDU asignó de una manera particular y concreta su contribución por valorización, sí podía haber vulnerado sus derechos y por tanto contra ella y las resoluciones que la confirmaron en el debate gubernativo, sí cabía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Expediente número 4428.

Actor: Hotel San Diego S.A.

Apelación de la sentencia de fecha 10 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Providencia. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Hotel San Diego S.A., contra la sentencia de 10 de julio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones y se declaró inhibido para un fallo de fondo.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES:

Por medio del Decreto número 2299 de 16 de septiembre de 1981, el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, ordenó la apertura y construcción de la calle 7ª, entre las carreras 7ª y la Plazuela de Egipto, obras que "causarán gravamen de valorización". Por la Resolución número 139 de 15 de diciembre de 1982, la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, aprobó el presupuesto y monto distribuible, para la liquidación y distribución de la contribución de valorización de la anterior obra. Posteriormente, en la Resolución número 1040 de 30 de mayo de 1983, el IDU asignó a los propietarios de los inmuebles beneficiados con la obra, su contribución por valorización, correspondiéndole a la actora un gravamen de \$16.693.165.

Al presentar su demanda de "nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del C.C.A.", el apoderado de la sociedad, actora, integra en un todo las operaciones administrativas de "...establecimiento, cálculo, liquidación y asignación de la contribución de valorización..." al considerar que la actuación envuelve actos simples, actos compuestos, de trámite procedimental y de trámite que pretenden ponerle fin a la actuación administrativa. En el capítulo correspondiente a las peticiones de la demanda, solicita la nulidad del decreto que ordenó la obra -2289 de 1981 del Alcalde de Bogotá-, de la resolución del IDU que aprobó el presupuesto, al igual que de la resolución que asignó el gravamen correspondiente al Hotel San Diego S.A. y complementariamente de las Resoluciones números 811 de 18 de julio de 1984, de la División de Asuntos Jurídicos del IDU y la 071 de 4 de julio de 1985, de la Junta Directiva del mismo Instituto, por las cuales se decidieron los recursos de reposición y apelación respectivamente, interpuestos en la vía gubernativa, contra la resolución que asignó el gravamen.

Consiste el cargo de violación central, en que en la operación administrativa demandada, consistente en el cálculo presupuestal, liquidación y asignación, se acumularon distintas obras del Plan Vial, realizando así una indebida acumulación de gravámenes, que han debido asignarse independientemente, para establecer el beneficio económico que cada una de ellas produce a los inmuebles. La indebida acumulación trajo como consecuencia un mayor gravamen para la sociedad demandante.

Divide la demanda en fases la operación administrativa, iniciándola con el decreto del Alcalde Mayor de Bogotá que ordenó la apertura y construcción de la obra, hasta las resoluciones que conocieron de los recursos de la vía gubernativa, señalando en cada caso las normas violadas con esa actuación

concreta, así como el concepto de violación, precisando en el caso de los actos generales, que solicita cuando menos, su inaplicabilidad.

Por auto de octubre 7 de 1986, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admite la demanda “por hallarse ajustada a derecho...” y niega la solicitud de suspensión provisional formulada en la demanda, porque “...con la sola comparación de los textos de los actos acusados y del artículo que se invoca como violado no es posible llegar a ninguna conclusión en esta etapa del proceso...”.

La apoderada especial del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, al dar contestación a la demanda defiende la presunción de legalidad que ampara a los actos acusados, afirmando que todos ellos fueron proferidos dentro del marco legal y que por tanto son de obligatorio cumplimiento conforme al artículo 192 de la Constitución de 1886. Propone como excepciones a la prosperidad de la acción, una indebida acumulación de pretensiones, que surge de haberse propuesto en el libelo la acción pública de nulidad contra los actos generales y la de restablecimiento del derecho, contra la resolución que le concretó liquidación del gravamen y también una ineptitud de la demanda, porque en el concepto de violación no se explicó cómo se configuraba la violación de las normas constitucionales, así como nacionales y distritales.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, después de transcribir una sentencia proferida en caso similar, concluyó que al cobijar el *petitum* actos de contenido general y otros individuales, se configuró una indebida acumulación de pretensiones, la cual declaró previamente a la inhibición para fallar sobre el fondo del asunto.

EL RECURSO DE APELACION

La sociedad demandante al apelar la anterior decisión, sostiene que en la demanda no hubo una indebida acumulación de pretensiones, por cuanto la nulidad del acto particular no excluye la del acto general, ya que las peticiones en sí no se contradicen y reitera que la acción promovida es la de nulidad con restablecimiento del derecho respecto a la liquidación particular que el IDU le efectuó del gravamen de valorización. Hace mención del precepto constitucional que da prevalencia al derecho sustancial sobre el formal.

Para la entidad demandada el fallo de primera instancia debe ser confirmado, por cuanto la jurisprudencia reiterada de la Corporación sobre el tema, la respalda.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Decisión inhibitoria*

Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por cuanto la sociedad demandante instauró en un solo libelo acción de nulidad contra los actos generales por medio de los cuales se ordenó la apertura y construcción de una vía del Distrito Capital, así como de la resolución de carácter general que fijó el presupuesto general de la obra, al unísono con la resolución que fijó individualmente el gravamen de valorización y las decisiones que confirmaron tal fijación, se configuró una indebida acumulación de pretensiones, que debe dar paso a una decisión inhibitoria.

Sobre el tema relacionado con el vicio procesal de la indebida acumulación de pretensiones, indudablemente han surgido de la Corporación variadas orientaciones jurisprudenciales, por cuanto en cada caso particular se debe consultar la clase de actos acusados, el organismo que los produjo y la jurisdicción a que corresponderían los actos cuya nulidad se pretende en un solo libelo. Solo después de un análisis decantado de éstos y otros factores, podrá el juez concluir si es indispensable la decisión inhibitoria, solución que debe evitarse el máximo, dentro del servicio público de la debida administración de justicia.

Es así como en sentencia de julio de 1977, con ponencia del Consejero doctor Carlos Aníbal Restrepo, se afirmó:

“...pero aunque la doctrina tradicional afirma que en los casos de indebida acumulación de acciones la decisión debe ser inhibitoria total por ineptitud sustantiva de la demanda, la concepción moderna, que es la tesis mayoritaria del Consejo de Estado, se acepta que estas hipótesis el juzgador deberá decidir de fondo la pretensión o pretensiones que estime procedentes o inhibirse en el resto. Aunque en apariencia la elección queda al arbitrio del fallador, no sucede esto en la realidad porque la escogencia no es caprichosa, ya que éste no podrá decidir de fondo sino aquellos extremos que hayan sufrido el trámite adecuado y para los cuales tenga competencia. (Anales 1977, Tomo XCIII)”.

En el presente caso, si bien el libelo que dio inicio al proceso presenta fallas en cuanto a su técnica formal, es evidente que la acción pretendida fue la de nulidad con restablecimiento del derecho, según lo afirmado en su parte inicial (fl. 2 c.p.) y como tal fue aceptada y tramitada por el Tribunal, cuando en el auto que admitió la demanda “por estar ajustada a derecho”, interpretó, al

pronunciarse sobre la suspensión provisional, que se trata de una acción de restablecimiento del derecho (fl. 84 c.p.). Está así perfectamente demarcada la acción que pretendía la actora al iniciar el proceso y si en el libelo se planteó igualmente la nulidad de actos administrativos de carácter general, ha debido el fallador, conforme a la jurisprudencia anteriormente transcrita, analizar si tenía jurisdicción y competencia con relación a la acción de restablecimiento del derecho, para pronunciarse sobre ella y declararse inhibido con respecto a las demás pretensiones.

En efecto, si lo intentado fue la acción de restablecimiento del derecho, ésta no cabía contra el Decreto del Alcalde Mayor de Bogotá, ni contra la resolución de la Junta Directiva del IDU que aprobó el presupuesto global, por tratarse de actos administrativos de carácter general, que si bien contienen la decisión relacionada con un conjunto determinable de personas, aquellas ubicadas en el área de influencia de la obra no producen ellos un efecto jurídico que vincule, efectiva y concretamente a un particular determinado, y por tanto, con respecto a ellos no se podía pretender un restablecimiento del derecho, procediendo una decisión inhibitoria con respecto a esta pretensión.

Pero el contenido de la Resolución 1040 de 30 de mayo de 1983, en la cual el IDU le asignó al Hotel San Diego y a otros, de una manera particular y concreta, su contribución por valorización a las obras del Plan Vial, si podía haber vulnerada sus derechos y por tanto contra ella y las resoluciones que la confirmaron en el debate gubernativo, sí cabía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Definido entonces que la verdadera acción de la que hizo uso la demandante, fue la de nulidad con restablecimiento del derecho, sin dejar de reconocer la forma inapropiada como se formularon las peticiones de la demanda, no debió el Tribunal de primera instancia declarar una inhibición total, pues al existir actos de carácter particular y concreto, ha debido pronunciarse sobre ellos.

Conforme a las anteriores consideraciones, la Sala procederá a revocar la sentencia apelada y procede a avocar el conocimiento relacionado con la legalidad de los actos individuales y concretos.

2. Aspecto de Fondo

El planteamiento general de la demanda, cuestiona cómo los actos administrativos de carácter general, que ordenaron la apertura y construcción de unas obras viales y aprobaron el presupuesto general para su realización,

SECCION CUARTA

al incorporar otras obras, dieron lugar a un mayor valor del gravamen de valorización a cargo de la actora. Se concreta así la objeción a la Resolución 1040 de 30 de mayo de 1983, por medio de la cual el IDU le asignó la contribución de valorización, al perjuicio económico resultante de haberse comprendido en el presupuesto varias obras, consecuencia errónea de la forma como éste fue asignado.

Se basa así la ilegalidad del acto acusado, a lo establecido en el decreto que ordenó la obra y fundamentalmente, en la resolución que aprobó su presupuesto y como la legalidad de éstos no ha sido cuestionada, ni obra en el expediente elemento de juicio alguno que pueda servir de base para su inaplicabilidad, la Sala no encuentra fundamento legal alguno para entrar a modificar el gravamen.

Por el contrario, obra a folio 224 del c.p., la Memoria Explicativa de los factores tenidos en cuenta para asignar al predio de propiedad de la demandante la contribución, comprendiendo allí el área del inmueble, la distancia a las obras realizadas, su acceso, etc. Complementariamente, el IDU, en las diversas oportunidades procesales, ha justificado plenamente los motivos que llevaron a la determinación del gravamen, todo conforme al presupuesto global aprobado para tal fin.

Como los escasos argumentos expuestos en la demanda para demostrar la ilegalidad de la resolución acusada, no son procedentes, la Sala concluye que ésta debe mantenerse, al igual que las resoluciones gubernativas que la confirmaron.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 10 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso de la referencia.
2. Declárase inhibido para un pronunciamiento de fondo con respecto a las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda.
3. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

EXP. - 4428

*Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala Jaime Abella Zárate,
Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Ausente.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

BENEFICIO DE AUDITORIA / COSTOS DIFERIDOS / RENTA LIQUIDA EN SERVICIO AUTONOMOS / ACTIVO MOVIBLE

El beneficio de auditoría que exoneraba al contribuyente del impuesto de renta y complementarios y de liquidación de revisión por el año gravable de 1984 no era aplicable cuando los rechazos de costos y deducciones se originaran en el incumplimiento de la retención en la fuente. Sin embargo, se estima que le asiste razón al actor en relación con los costos incurridos en el período gravable de 1983 e imputados en el año gravable en discusión 1984 bajo el rubro de costos de activos movibles en aplicación del sistema de diferidos consagrado en el artículo 69 del D. 2053 de 1974, los cuales al demostrarse con la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1983 quedaba desvirtuada la razón de la glosa, ya que éstos no correspondían a pagos o abonos en cuenta realizados en el período y por lo mismo no era procedente tal exigencia.

CAPACIDAD JURIDICA / SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN / PERSONERIA SUSTANTIVA

La capacidad jurídica de las sociedades que han entrado en proceso de disolución y consecuente liquidación, no se pierde por esta circunstancia; ella se conserva con la limitación consagrada en el artículo 222 del Código de Comercio, “únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”, previsión legal que no excluye que la misma dentro de esa etapa pueda ser sujeto activo o pasivo de procesos ante las autoridades administrativas o judiciales, que se prolonguen aún después de efectuada la liquidación del patrimonio social, evento en el cual, la capacidad jurídica subsiste y “la sociedad disuelta y por ende liquidada, conserva personería y capacidad jurídica para comparecer en juicio ya sea como parte actora o demandada para los efectos aludidos” es decir

en defensa del patrimonio social, frente a las obligaciones litigiosas pendientes de solución.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número 3760.

NIT: 90.307.031

Impuestos (año gravable 1984). Fallo.

Actora: Sociedad Corpocentros Ltda.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, la sociedad "Corpocentros Ltda." NIT: 90.307.031, contra la sentencia de fecha 26 de abril de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para conocer de fondo las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, a través del cual impugnó la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta correspondiente al año gravable de 1984, fundando su decisión en que la sociedad había sido liquidada por Acta número 43 de la Junta de Socios de 19 de septiembre de 1986, inscrita el 2 de abril de 1987, habiéndose aprobado la cuenta final de liquidación de la sociedad, dejando de existir legalmente.

ANTECEDENTES:

Por el año gravable de 1984, la sociedad actora presentó declaración tributaria del impuesto de renta, el día 6 de mayo de 1985, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, fijando privadamente los impuestos a su cargo en la suma de \$681.799.

Mediante el requerimiento especial número 00066 del 30 de enero de 1987, y, previo requerimiento ordinario al que la sociedad hizo caso omiso, la Administración de Impuestos anunció a aquella la modificación de su liquidación privada, debido al desconocimiento de pagos por concepto de servicios, honorarios, comisiones, publicidad, solicitados como deducción y sobre los que no demostró haber efectuado y consignado la retención en la fuente, de acuerdo con lo estipulado por los artículos 12 de la Ley 38 de 1969 en concordancia con los artículos 11, 12, 16 y 23 del Decreto 2026 de 1983, Decreto 2775 de 1983, 68 del Decreto 3803 de 1982 y numeral 16 artículo 16 del Decreto 080 de 1984. También anunció el rechazo de otros costos y

SECCION CUARTA

deducciones y la correspondiente sanción por no identificar a los beneficiarios de los pagos, según lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto 080 de 1984.

Con fecha 30 de abril de 1987, la sociedad presentó los correspondientes descargos argumentando haberse acogido a los beneficios de exoneración de información y auditoría del Decreto 3139 de 1984, pero, al no satisfacer las exigencias requeridas, la Administración procedió a practicar la liquidación de revisión número 200091 del 6 de agosto de 1987 en la cual se determinan los impuestos y sanciones en la suma de \$17.573.060 como consecuencia de la concreción de los rechazos y sanción inicialmente planteados.

Contra este acto administrativo, la sociedad interpuso recurso de reconsideración ante la División de Recursos Tributarios, quien aceptó parte de los costos glosados, sosteniendo el proceder impugnado en lo relacionado con los gastos sujetos a retención en la fuente y sanción por lo que practicó nueva liquidación de impuestos cuantificándolos en la suma de \$10.244.045, proceder consignado en la Resolución número 00118 del 28 de noviembre de 1988, que puso término a la vía gubernativa.

En desacuerdo con la actuación de la Administración, la sociedad acudió a la Jurisdicción Contenciosa, en demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 4 de abril de 1989, en la cual alega las siguientes violaciones legales y constitucionales: a) Falta de aplicación de los artículos 9º y 10 del Decreto 3139 de 1984, aplicación indebida del artículo 2º del Decreto 3410 de 1983; b) Artículo 26 de la Constitución Nacional; c) Falta de aplicación del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974 e indebida aplicación del artículo 45 del Decreto 2053 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió fallo inhibitorio al considerar que la sociedad actora carecía de capacidad jurídica para ser parte por cuanto según certificado de la Cámara de Comercio visible al folio 12 del cuaderno principal, fue liquidada según Acta número 43 de la Junta de Socios del 19 de septiembre de 1986, inscrita el 2 de abril de 1987 bajo el número 208.788, del libro IX, en donde se aprobó la cuenta final de liquidación de la sociedad, circunstancia por la cual había dejado de existir legalmente.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad actora, objeta la sentencia del Tribunal, y en la sustentación del recurso de apelación estima que carece de todo fundamento la decisión inhibitoria del Tribunal y que para un mayor

entendimiento del proceso de liquidación transcribe lo que para el profesor Gabino Pinzón debe entenderse por él, y el papel del liquidador del patrimonio social, y para recapitular puntualiza, que lo que se liquida no es propiamente la sociedad, sino el patrimonio social, previa disolución del contrato social elevado a escritura pública, y que es el liquidador quien dentro del término legal debe responder por el patrimonio social, y que, considerar que al encontrarse liquidada la sociedad no puede actuar nadie en nombre de ese patrimonio, conduciría a que tampoco podría practicarse liquidación oficial sobre una sociedad inexistente.

En consecuencia, solicita a la Corporación revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

PARTE OPOSITORA

El representante de la entidad demandada -la Dirección de Impuestos Nacionales- se opone a las pretensiones del apelante, y considera que la decisión inhibitoria del Tribunal tiene suficiente asidero legal en el artículo 222 del Código de Comercio que limita la capacidad jurídica de la sociedad a los actos necesarios a su inmediata liquidación, perdiéndose a partir de la inscripción del Acta de liquidación, que tuvo lugar el 2 de abril de 1987, significando que la representación del liquidador y la capacidad jurídica de la sociedad en el momento de comparecer a la jurisdicción se habían perdido, quedando imposibilitado el liquidador para actuar en nombre de una sociedad inexistente.

Subsidiariamente, se refiere al aspecto de fondo, y critica la pretensión de la actora de hacer valer como medio de prueba de la retención en la fuente que originó el rechazo de las deducciones que se discuten ante la jurisdicción, el certificado de contador público (fl. 34, cuaderno principal) porque en su concepto no supe la prueba exigida por la ley -los recibos de pago-, que constituyen la única prueba plena e idónea para el efecto.

Igualmente considera, que la sanción por la no identificación de los beneficiarios de los pagos, se ajusta también a las normas legales, y que de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 3139 de 1984 no es aplicable al caso el beneficio de auditoría alegado por el actor, por cuanto se efectuaron glosas por retención en la fuente.

Con los argumentos anteriores, pide a la Corporación confirmar la sentencia apelada, o en su defecto, denegar las súplicas de la demanda si se profiere fallo de fondo.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para el ejercicio de la acción contenciosa y de toda acción ante la jurisdicción es presupuesto indispensable demostrar la personería sustantiva o la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y la personería adjetiva o capacidad de representación judicial.

La capacidad jurídica de las sociedades que han entrado en proceso de disolución y consecuente liquidación, no se pierde por esta circunstancia, como parece entenderlo la apoderada de la Nación; ella se conserva con la limitación consagrada en el artículo 222 del Código de Comercio, "únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación", previsión legal que no excluye que la misma dentro de esa etapa pueda ser sujeto activo o pasivo de procesos ante las autoridades administrativas o judiciales, que se prolonguen aún después de efectuada la liquidación del patrimonio social, como acontenció en el caso *sub lite*, evento en el cual, y, como acertadamente lo puntualiza el salvamento de voto, la capacidad jurídica subsiste, y "la sociedad disuelta y por ende liquidada, conserva personería y capacidad jurídica para comparecer en juicio ya sea como parte actora o demandada para los efectos aludidos", es decir, en defensa del patrimonio social, frente a obligaciones litigiosas pendientes de solución.

Entonces, si bien es cierto que el 2 de abril de 1987, según certificación de la Cámara de Comercio visible al folio 12 del cuaderno principal, se inscribió el Acta número 43 del 19 de septiembre de 1986 que aprobó la cuenta final de liquidación de la sociedad, de ello no puede colegirse, la falta de capacidad jurídica de la sociedad actora para iniciar la acción contenciosa, contra la operación administrativa que le determinó los impuestos correspondientes al año gravable de 1984, cuando se encontraba en proceso de liquidación, obligación tributaria corresponde a un año gravable anterior a la fecha de liquidación del patrimonio social, es decir, que en la fecha de liquidación de la sociedad se encontraba pendiente la determinación de dicha obligación, y desde luego, el consecuente proceso de discusión en la vía gubernativa y también ante la jurisdiccional en los que la sociedad tenía plena capacidad para actuar en defensa de su patrimonio, pues para esos efectos el liquidador está obligado a constituir una reserva para atender esa eventualidad tales obligaciones (art. 245 del Código de Comercio).

Así las cosas, asiste razón al apelante, por lo que establecido el cumplimiento del presupuesto procesal que echó de menos el Tribunal *a quo*, procede la Sala al estudio de fondo de los hechos que son objeto de litigio.

Argumenta el actor, que la Administración de Impuestos no tuvo en cuenta los beneficios de exoneración de información tributaria y de auditoría consagrados por los artículos 9º y 10 del Decreto 3139 de 1984, y que la sociedad no estaba obligada a suministrar en su declaración tributaria la información relacionada con la identificación de los beneficiarios de los pagos constitutivos de costo o deducción, aplicándole indebidamente el artículo 2º del Decreto 3410 de 1983.

La sociedad actora solicita en su declaración tributaria del año gravable de 1984 del impuesto de renta, costos y deducciones por valor de \$97.847.101, llevando como costos de activos móviles la suma de \$72.399.280 y por concepto de deducciones la suma de \$25.447.821, glosados en su totalidad por la Administración de Impuestos en el requerimiento especial, por cuanto con relación a los pagos por concepto de comisiones, honorarios, servicios y publicidad, no se comprobó la retención en la fuente; y respecto a los demás, no se cumplió con la información relacionada con la identificación de los beneficiarios de los pagos. De estos rechazos en la liquidación se aceptaron deducciones por valor de \$4.495.770 al demostrarse la retención en la fuente, y en la Resolución del recurso gubernativo, la suma de \$40.716.770, por la misma razón.

El artículo 9º del Decreto 3139 de 1984, exoneró de la obligación de presentar algunas informaciones tributarias a los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios que incrementaran su impuesto a cargo en un 23% con relación al año gravable de 1983, exceptuando de dicha exoneración, los eventos taxativamente señalados en la misma norma, artículo 9º del Decreto 3410 de 1983, en cuyo numeral 4 indica: "La solicitada en el numeral 3º del artículo 2º, en cuanto se refiere a pagos o abonos en cuenta que constituyan costos o deducción efectuados a un mismo beneficiario, sobre los cuales no se hubiere practicado retención en la fuente y cuya cuantía individual exceda de \$350.000".

Por su parte, el artículo 10 del citado Decreto 3139 de 1984, también exoneró de liquidación de revisión a los mismos contribuyentes cuando hubieren cumplido con el requisito de incrementar el impuesto según el artículo 9º a quien solamente se les podía practicar liquidación de revisión cuando la investigación proviniera de una selección basada en programas de computador elaborados mediante la aplicación de índices de tributación.

No obstante, este beneficio de auditoría también fue sujeto a la siguiente excepción: "Parágrafo. El beneficio contemplado en este artículo no se

SECCION CUARTA

aplicará cuando los rechazos de costos y deducciones provengan del no pago de la retención en la fuente, de acuerdo con lo previsto en los artículos 68 y 72 del Decreto 3803 y demás normas concordantes, o cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipos o saldos a favor, inexistentes o en cuantía superiores a las reales”.

Resulta claro entonces, que el beneficio de auditoría que exoneraba al contribuyente del impuesto de renta y complementarios y de liquidación de revisión por el año gravable de 1984, no era aplicable cuando los rechazos de costos y deducciones se originaran en el incumplimiento de la retención en la fuente, evento que aconteció en el *sublite* tal como lo admite el actor.

Sin embargo, estima la Sala, que le asiste razón en relación con los costos incurridos en el período gravable de 1983 e imputados en el año gravable en discusión 1984, bajo el rubro de costos de activos móviles en aplicación del sistema de diferidos consagrado por el artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, los cuales al demostrarse con la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1983 presentada con oportunidad del recurso gubernativo, quedaba desvirtuada la razón de la glosa, ya que éstos no correspondían a pagos o abonos en cuenta realizados en el período, y, por lo mismo, no era procedente la exigencia que dio lugar a su desconocimiento inicial.

Por esta razón, la Sala habrá de aceptar en esta instancia procesal la diferencia que por dichos costos no aceptó la Administración en la resolución que decidió el recurso, costos que ascienden a la suma de \$24.094.860, teniendo en cuenta el valor de las construcciones en curso demostradas en la declaración del año de 1983, y el reconocimiento que hizo la administración en la oportunidad mencionada, ante la evidencia de la aplicación indebida de las normas que cita la demanda.

Pero frente a los costos y deducciones realizados en el año, sobre los que se estableció el incumplimiento de la retención en la fuente, el artículo 68 del Decreto 3803 de 1982, contempla la posibilidad de su reconocimiento, siempre y cuando se demuestre que se hizo la respectiva consignación incluidos los intereses de mora, antes del vencimiento del plazo para declarar.

Se colige entonces, que objetados o rechazados los costos o deducciones por no haberse acreditado la retención en la fuente, correspondía a la sociedad actora demostrar que la misma la había efectuado y consignado en la oportunidad señalada, mediante la prueba también indicada por la ley, numeral 16 del artículo 16 del Decreto 080 de 1984, consistente en copia o fotocopia autenticada de los recibos de consignación de tales retenciones. No le era

viabile escudarse en el beneficio de auditoría según lo visto anteriormente, puesto que además dichos beneficios si bien con la excepción comentada, exoneraba de liquidación de revisión, no significaba que la Administración quedaba inhabilitada para verificar con base en sus amplias facultades de investigación, el cumplimiento de las normas legales, como lo hizo cuando mediante el requerimiento ordinario solicitó a la sociedad la comprobación y demostración de dicho requisito, al cual hizo caso omiso dando lugar al desconocimiento de las erogaciones en litis.

Examinada la prueba documental aportada con la respuesta al requerimiento especial, a la que se remite el actor para la demostración del requisito en litis, se pudo constatar haciendo un cotejo con los valores reconocidos por la Administración tanto en la liquidación como en la Resolución del recurso, que ella no acredita retención diferentes a las reconocidas en esas actuaciones, de manera que al no haberse aportado otras diferentes a las analizadas y aceptadas, no se ha configurado ilegalidad de la actuación administrativa al respecto.

Por otra parte, la certificación contable aportada al proceso no es válida para el efecto, si se tiene en cuenta que la norma exige específicamente la prueba del hecho en cuestión, evento que impide la aceptación de otra diferente por relevante que ella sea, no tiene la virtud de suplir la señalada por la ley, siendo en consecuencia ineficaz.

Finalmente argumenta el actor, que la sanción impuesta por la Administración de Impuestos, del 2% sobre \$84.456.307, o sea la suma de \$1.689.126, por no haber informado en los anexos de la declaración el nombre o razón social, y NIT de los beneficiarios de los costos y deducciones y su valor, es ilegal, por cuanto la sociedad al acogerse al beneficio de auditoría no podía imponérsele dicha sanción por no estar obligada a suministrar dicha información.

Tampoco asiste razón al accionante en tal interpretación, pues como se observó en los acápites iniciales, el beneficio de exoneración de información tributaria consagrado por el artículo 9º del Decreto 3139 de 1984, consagró excepciones indicando expresamente los eventos en los cuales de todas maneras existía la obligación de suministrar la información, encontrándose dentro de ellas la contemplada en el numeral 3º del artículo 2º del Decreto 3410, relacionada precisamente con la información que omitió la actora, de donde se infiere que fue legal el proceder de la Administración al respecto, sin embargo es procedente la reducción de la misma, con relación a los costos diferidos del año anterior.

SECCION CUARTA

Y, en cuanto a la pretensión de que se aplique el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que el Decreto 2503 de 1987 derogó expresamente el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, que consagraba la sanción, ello no es viable, puesto que el nuevo procedimiento no es que haya despenalizado la conducta sancionada en el procedimiento del Decreto 3803 de 1982, sino que al suprimir la obligación de presentar las informaciones, obviamente debía quedar sin efectos la sanción que castigaba su incumplimiento.

Así las cosas, procede la Sala a practicar nueva liquidación de impuestos que contenga el reconocimiento de las sumas aceptadas en esta oportunidad por concepto de costos y sanción, así:

Renta

La gravable determinada en la Resolución número 00118	\$47.565.591	
Menos: Costos aceptados	24.094.860	
Renta gravable ahora determinada	\$23.470.731	\$4.224.732
Menos: Descuentos renuncia adición		\$6.887
Impuesto a cargo		4.231.618
Más: Sanción del 2% sobre \$19.644.697	392.893	
Total a cargo		\$4.624.512

Distribución a socios

Socios	NIT	%	Renta gravable
Promotora Familiar Ltda.	60.062.412	15.00	\$2.839.257
Inversiones financiera			
Internacional	50.079.130	45.00	\$8.517.771
Jorge Miek Echeverry	24.495	45.00	\$8.517.771
Totales		100%	\$18.928.380

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia de fecha 26 de abril de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

2. Anúlase la operación administrativa integrada por los siguientes actos administrativos: Liquidación de revisión número 200091 del 6 de agosto de 1987, y la Resolución número 00118 del 28 de noviembre de 1988, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, relacionados con el impuesto de renta a cargo de la sociedad Corporcentros Limitada, NIT 60.509.948 por el año gravable de 1984.

3. Fijase en la suma de cuatro millones seiscientos veinticuatro mil quinientos doce pesos m/cte (\$4.624.512) el valor del impuesto de renta y sanción a cargo de la sociedad Corporcentros Limitada, NIT 60.509.948, correspondientes al año gravable de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Jaime Abella Zárate,*
Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

**RETENCION EN LA FUENTE - Causación/ INGRESO - Causación
/ GASTO - Causación/ CONTABILIDAD POR CAUSACION**

Las personas jurídicas en quien recae la obligación fiscal de efectuar retención en la fuente, deben llevar su contabilidad por el sistema de causación, y por lo mismo, el cumplimiento de tal obligación se verifica según la ley, en el momento del pago o abono en cuenta, que corresponde al momento de causación del gasto o costo, según la definición del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 (último inciso), que se verifica cuando nace la obligación de pagarlo, aunque no se haya hecho efectivo el pago, momento en el cual debe contabilizarse (abonarse en cuenta) y por ende declararse fiscalmente. Es decir, que la retención en la fuente debe coincidir con la causación del gasto, y éste a su vez, con la causación del ingreso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número 3923.

Sociedad Transportes de Productos Líquidos Ltda., "Translíquidos Ltda." Impuestos (Renta). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, contra la sentencia de fecha 18 de julio de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió casi en su totalidad a las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, a través del cual la sociedad Transportes de Productos Líquidos Ltda., "Translíquidos Ltda.", NIT 90303368, acusó la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta correspondiente a la anualidad tributaria de 1985.

ANTECEDENTES

Por el año gravable de 1985, la sociedad Transportes de Productos Líquidos Ltda., NIT 90303368, presentó declaración tributaria del impuesto de renta, el día 14 de abril de 1986, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, fijando privadamente los impuestos del período en la suma de \$2.458.915, que afectó con retenciones en la fuente por valor de \$2.004.778. Esta declaración fue objeto de corrección el día 13 de junio del mismo año, aumentando el valor registrado por concepto de retenciones en la fuente, a la suma de \$2.050.837.

En desarrollo de las facultades de fiscalización consagradas en el artículo 30 de la Ley 52 de 1977, la Administración envió a la sociedad el requerimiento ordinario número 000248 del 19 de agosto de 1987, con el objeto de que acreditara la retención en la fuente.

Con base en la respuesta a dicho requerimiento, la Administración profirió el requerimiento especial número 067 del 1º de marzo de 1988, anunciando la eventual modificación a la liquidación privada, por cuanto omitió ingresos por concepto de servicios por fletes, recibidos de transportadores, según certificaciones de retenciones en la fuente, y renglones 278 y 282 del formulario oficial número 2, anexo oficial número 1 y anexos 4 y 10; así mismo se planteó la imposición de sanción por inexactitud.

El día 31 de mayo de 1988, la sociedad presentó los correspondientes descargos los cuales fueron aceptados parcialmente por lo que se mantuvo la adición de ingresos sobre la mayor parte de la glosa y la consecuente sanción por inexactitud, hechos que se plasmaron en la liquidación de revisión número 160 del 9 de noviembre de 1988, en donde se fijó un mayor valor por concepto de impuestos, en cuantía de \$418.459, más la sanción por inexactitud, que se cuantificó en la suma de \$669.534.

Contra esta liquidación, la sociedad interpuso recurso de reconsideración sobre el cual recayó la Resolución número 185 de fecha octubre 30 de 1989, en donde se cuantificaron nuevamente los impuestos y la sanción, en razón al reconocimiento de otra pequeña cantidad que desvirtuó también parcialmente la adición propuesta inicialmente, y que originaron la actuación administrativa. Con esta resolución quedó agotada la vía gubernativa.

Aún en desacuerdo con el proceder anterior, la sociedad recurrió ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en donde alegó contra los actos adminis-

SECCION CUARTA

trativos acusados, violación de las siguientes normas: artículos 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974, 32 de la Ley 52 de 1977, 44 del Decreto 2503 de 1987, 98 de la Ley 9ª de 1983, 22 del Decreto 825 de 1978, y sus concordantes del Estatuto Tributario: artículos 26, 27, 742, 683, 745, 746 y 747.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acogió casi en su totalidad las súplicas de la demanda, ya que de la adición de ingresos discutida por valor de \$2.324.772, en su opinión fue desvirtuada la suma de \$2.059.610 y la sanción por inexactitud sobre dicha suma, al encontrar sustento a los argumentos expuestos por la actora en el sentido de que “por el sistema contable muchos usuarios consignaron las retenciones en el año en que efectuaron el pago del servicio, cuando Translíquidos los contabiliza y declara en el año en que se causa jurídicamente el ingreso en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 e inciso 4º del artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, que extiende la retención en la fuente también a los abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas, y la demostración hecha con la certificación contable aportada al proceso. En consecuencia de este reconocimiento *in a quo*, levantó la sanción por inexactitud, por lo cual practicó nueva liquidación de impuestos en donde se reflejan dichos reconocimientos y se cuantifican los impuestos esta vez en la suma de \$2.492.974.

LA APELACION

La representante judicial de la Nación Administración de Impuestos Nacionales de Cali, impugna la decisión del Tribunal, y discrepa de ella, porque la norma fiscal establece que el impuesto extraordinario de la retención en la fuente, se retiene en su totalidad en el momento del pago o abono en cuenta, y que el abono en cuenta implica la existencia de contabilidad por el sistema de causación que consiste en asentar en los libros el reconocimiento o aceptación por lo general irrevocable de una obligación a favor de un tercero, es decir, la contabilización de un costo o gasto causado, respecto del cual ha nacido la obligación de pagarlo aun cuando efectivamente el pago no se haya realizado; y que en cuanto a la causación de la retención en la fuente, ésta debe efectuarse cuando se abona en cuenta contablemente (fecha de recepción de la factura). Que, en consecuencia, el proceder de su representada al establecer con los certificados de retención en la fuente expedido por los retenedores que había omitido declarar ingresos por fletes es acorde con la ley fiscal y el Código de Comercio y que si bien la contabilidad registra los ingresos causados, éstos deben coincidir según la modalidad establecida por la ley fiscal, como medio

para controlar y verificar el pago de la retención en la fuente dentro del mismo período.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad procesal ninguna de las partes presentó alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Observa la Sala, que la controversia entre la contribuyente y la Administración de Impuestos, se originó en el hecho de que ésta teniendo en cuenta los valores indicados en los certificados de retención en la fuente expedidos por los agentes retenedores sobre pagos por concepto de servicios, estableció que los valores declarados por la actora (ingresos) por tal concepto, eran inferiores, motivo por el cual procedió a adicionar a la renta declarada, en la diferencia omitida por \$2.324.772; proceder que acusa la actora de ser violatorio del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, porque en su concepto, la Administración no tuvo en cuenta “que por el sistema contable, muchos usuarios consignaron las retenciones en el año en que efectuaron el pago del servicio, cuando Translíquidos los contabiliza y declara en el año en que se causa jurídicamente el ingreso”. Es decir, que la actora los contabilizó y declaró en el año de 1984, según lo acredita la certificación contable que aportó al proceso y que acogió el Tribunal, en tanto que las compañías retenedoras, efectuaron la retención en el año en que efectuaron el pago, o sea, en el año de 1985.

De conformidad con el artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, inciso 4º “la retención en la fuente se extiende a los pagos *o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas* y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios, arrendamientos” (resalta la Sala).

De acuerdo con lo dispuesto en este ordenamiento legal, los argumentos expuestos por la actora, a juicio de la Sala, y a contrario de lo decidido por el Tribunal, no son válidos, ya que las personas jurídicas en quien recae la obligación fiscal de efectuar retención en la fuente, al igual que la sociedad actora deben llevar su contabilidad por el sistema de causación, y por lo mismo, el cumplimiento de tal obligación se verifica según la ley, en el momento del pago o *abono en cuenta*, que corresponde al momento de causación del gasto o costo, según la definición del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 (último inciso), que se verifica cuando nace la obligación de pagarlo, aunque no se haya hecho efectivo el pago, momento en el cual debe contabilizarse (abonarse en cuenta) y por ende declararse fiscalmente. Es decir, que la

SECCION CUARTA

retención en la fuente debe coincidir con la causación del gasto, y éste a su vez, con la causación del ingreso, por ello no puede aceptarse el argumento esbozado por la actora para desvirtuar la adición de ingresos en litigio.

Para la Sala es evidente, que la actora no ha desvirtuado el proceder de las oficinas de impuestos, el cual como se observó, se encuentra fundamentado en los propios certificados de retención en la fuente expedidos por las compañías retenedoras y aportados por la misma actora con oportunidad de la respuesta al requerimiento ordinario que le formuló la Administración, en donde se informá el valor de los pagos por concepto de servicios sujetos a retención y la cuantía aplicada por este concepto, los cuales fueron realizados en el año gravable de 1985, de donde surge que los mismos deben coincidir también con los ingresos que por tal concepto declara la actora, ya que ésta aplica tal retención a los impuestos del período (renglones 272-282), debiendo así corresponder también a los ingresos declarados.

Desde el recurso gubernativo, observa la Sala que la actora ha pretendido demostrar que el mayor valor establecido por concepto de ingresos (no declarados) según los certificados de los agentes retenedores corresponden a ingresos contabilizados y declarados en el período fiscal de 1984, y otros en el período de 1986, mediante certificación contable que da cuenta de la contabilización de los mismos en dicho período.

Sin embargo, dicha comprobación a juicio de la Sala, no es la idónea para desvirtuar, de una parte, las certificaciones de los agentes retenedores, y de otra, que los ingresos adicionados fueron declarados como lo arguye la actora en el año gravable de 1984, y otros en el año gravable de 1985.

Habiéndose alegado en el proceso que los agentes retenedores incurrieron en inconsistencia en la expedición de los correspondientes certificados, debió la sociedad demandante aportar nuevos certificados tendientes a subsanar dichas inconsistencias, como lo hizo con relación a los certificados de las sociedades Tanatex Colombiana Ltda., y Acerías Paz del Río S.A., los cuales originaron en la resolución que decidió el recurso gubernativo el reconocimiento de la diferencia adicionada con relación a los pagos efectuados por tales compañías.

La demostración que de la contabilización de los valores adicionados hace la actora, no constituye la plena prueba del hecho discutido, toda vez que no se trata de probar simplemente la causación o realización del ingreso, sino que éstos fueron declarados en otras vigencias como se afirma, y que además las certificaciones de los retenedores son inexactas, hechos que no se demuestran con la simple certificación contable.

Así las cosas, en concepto de la Sala, asiste razón a la apoderada de la entidad demandada, motivo por el cual se procede a revocar la decisión del *a quo*.

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

FALLA:

1. *Revócase* la sentencia de fecha 18 de julio de 1991, emanada del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, objeto de esta apelación.

2. *Deniéganse* las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala. *Jaime Abella Zárate*,
salva voto: *Guillermo Chahín Lizcano*, *Consuelo Sarria Olcos*,

Jorge A. Torrado T., Secretario.

**INGRESO - Causación / GASTO - Causación / CONTABILIDAD
POR CAUSACION / IMPUESTO SOBRE LA RENTA (Salvamento
de voto)**

Desde un punto de vista teórico el ideal es que coincidan la contabilidad de quien hace el gasto con la de quien recibe el ingreso, pero esto en la práctica no puede ser matemáticamente exacto, siendo comprensible que existen algunas discrepancias por razón del cierre del ejercicio fiscal a diciembre 31, época en la cual se presentan en la práctica situaciones particulares de los comerciantes que deben tenerse en cuenta, tales como: el cierre por inventario, las vacaciones colectivas, el cierre bancario de fin de año y otras. Según la sentencia proferida siempre deben coincidir exactamente los ingresos de la empresa que presta el servicio de transporte con los gastos que declaran sus clientes, en posición que me parece exagerada pues no consulta las circunstancias de la vida real y que el juez debe juzgar en los casos particulares.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR
JAIME ABELLA ZARATE**

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número 3923.

Transportes de Productos Químicos C/La Nación.

Fallo del 19 de febrero de 1993.

Con mi acostumbrado respeto expongo algunas de las razones por las cuales discrepo de la decisión adoptada en la sentencia proferida en este negocio.

1. Entiendo que teóricamente hay acuerdo en la aplicación de los artículos 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974 con relación a la causación de los ingresos y de los gastos de contribuyentes comerciantes obligados a llevar

contabilidad por el sistema de causación como parecen serlo todos los involucrados en este proceso, pero lo que ha dado lugar a la controversia es el determinar en forma exacta del "momento de realización", de lo que es gasto para uno e ingreso para otro.

Desde un punto de vista teórico el ideal es que coincidan la contabilidad de quien hace el gasto con la de quien recibe el ingreso, pero esto en la práctica no puede ser matemáticamente exacto, siendo comprensible que existan algunas discrepancias por razón del cierre del ejercicio fiscal a diciembre 31, época en la cual se presentan en la práctica situaciones particulares de los comerciantes que deben tenerse en cuenta, tales como: el cierre por inventario, las vacaciones colectivas, el cierre bancario de fin de año y otras. Además también influyen los criterios o las prácticas comerciales no siempre coincidentes, entre el comerciante que utiliza el servicio y causa el gasto antes de que quien lo presta lo facture o a la inversa, espera a recibir la factura para hacer el abono en cuenta o el pago.

Según la sentencia proferida siempre deben coincidir exactamente los ingresos de la empresa que presta el servicio de transporte con los gastos que declaran sus clientes, en posición que me parece exagerada pues no consulta las circunstancias de la vida real que se mencionaron y que el juez debe juzgar en los casos particulares en los que se presenten.

2. Observo que la compañía demandante desde un principio dio como explicación de las diferencias encontradas por la Administración precisamente estas situaciones y se esmeró en comprobar que el defecto de ingresos por más de 5 millones correspondía a partidas contabilizadas y declaradas bien al final de 1984 o a principios de 1986, sin que se presentara la omisión atribuida por la Administración. Con base en el análisis de las pruebas la propia Administración redujo esa glosa inicial acerca de los 2 millones que fue la cuantía que se siguió discutiendo en la vía judicial.

La única prueba aducida por la entidad oficial consistió en los certificados de retención en la fuente presentados por la misma contribuyente, sin que hubiera desplegado ninguna otra actividad. En cambio, la compañía en certificación expedida por contador público independiente con un pormenorizado análisis de las cuentas y de la situación de cada uno de los rubros de ingresos y retenciones, con referencia a contabilización de facturas en diciembre de 1984 en muchos casos y aún de las canceladas en enero de 1986 junto con las copias de las respectivas facturas y los certificados expedidos por los retenedores presentó la conciliación en

SECCION CUARTA

forma detallada en cada una de las empresas con las cuales la Administración le advirtió discrepancia. Este mismo trabajo fue el que realizó el mismo Tribunal del Valle en una forma pormenorizada con referencia y crítica de las pruebas presentadas por la sociedad y lo llevó a aceptar otra parte del valor discutido.

Frente a este trabajo tanto de la empresa como del Tribunal en cuanto a análisis de la prueba, contrasta la posición del Consejo de Estado atendido a un punto de vista teórico que la propia Administración había aceptado rectificar con base en el acervo probatorio.

3. Por otra parte, muy discutible resultaba la sanción por inexactitud aplicada sobre presunta omisión de ingresos que la Administración cómodamente “descubrió” en los anexos de la declaración o sea, en los propios informes presentados por el contribuyente, sin que le fuera aceptada su explicación sobre discrepancia con el “momento de realización” del ingreso.

Fecha, *ut supra*.

Jaime Abella Zárate.

CHEQUE NO NEGOCIABLE/ENDOSO AL COBRO/PAGO POR VENTANILLA/SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Funciones

El primer inciso del artículo 715 del Código de Comercio habla de limitaciones a la negociabilidad del instrumento y por lo tanto el medio utilizado para su negociabilidad es el endoso tal como lo establece el artículo 651 ibidem. Es decir, que el artículo 715 regula tan solo la negociabilidad del instrumento o sea la limitación para que un tercero distinto del primer beneficiario pueda concurrir a efectuar su cobro. El inciso 2º simplemente establece que ante una cláusula de limitación de negociabilidad, sólo puede cobrarlo como tercero un banco, a través del cual lo está haciendo efectivo el primer beneficiario y por lo tanto el endoso, que para ese efecto se realice, tiene que entenderse que no transfiere la propiedad, y que tan sólo se está efectuando en procuración o al cobro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 3803.

Superintendencia Bancaria.

Autoridades Nacionales. Fallo.

Actora: Martha Cecilia Forero Galán C.

La ciudadana Martha Cecilia Forero Galán, obrando en su propio nombre en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C. C. A., demanda la nulidad de la Circular Externa 026 del 3 de mayo de 1991 expedida por el señor Superintendente Bancario.

SECCION CUARTA

Al admitir la demanda se decretó la suspensión provisional por auto del 27 de septiembre de 1991 y se confirmó por auto del 14 de septiembre de 1992.

La Superintendencia Bancaria mediante apoderados debidamente constituidos se ha opuesto a las pretensiones de la actora y la Procuradora Sexta Delegada, doctora Ana Margarita Olaya de Obando, solicita también no acceder a las súplicas de la demanda.

LA DEMANDA

La Circular acusada que tiene por referencia la de "pago por ventanilla de cheques con negociabilidad restringida" consigna varias consideraciones alrededor del artículo 715 del Código de Comercio al final de las cuales concluye que el cheque no negociable puede ser válidamente pagado por el banco librado al beneficiario en forma directa o por conducto de un banco, salvo que una norma legal, como la del cheque fiscal, limite de manera específica el pago directo al beneficiario.

Para un mejor entendimiento del problema se transcribe el artículo 715 del Código de Comercio sobre el cual recaen las interpretaciones que conforman la controversia en este proceso.

"Artículo 715. La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique.

"Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley, sólo podrán cobrarse por conducto de un banco".

La demandante sostiene que mientras la norma dispone que los cheques no negociables "sólo podrán cobrarse por conducto de un banco" la Circular acusada autoriza su cobro por ventanilla, lo cual además de ser abiertamente contrario a la norma sobre la cual recaen las instrucciones, es violatoria de las siguientes normas:

- Del numeral 2 del artículo 150 de la Constitución Política que le atribuye al Congreso la función de expedir y reformar los códigos. En consecuencia, el Código de Comercio no puede ser modificado por simple circular del Superintendente.

- Del artículo 25 del Código Civil conforme al cual solamente compete al legislador la facultad de interpretar con autoridad las leyes.

- El numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política que le atribuye al Presidente de la República la facultad de ejercer la inspección y vigilancia

de las personas que realicen actividades financieras pero “de acuerdo con la ley” y tratándose de una función administrativa, no puede en ejercicio de ella modificar la ley. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

- El numeral 11 del mismo artículo 189 que atribuye el Presidente la potestad reglamentaria para facilitar la cumplida ejecución de las leyes, mas no para cambiarlas. La circular acusada es violatoria de estas normas por ser un reglamento emitido sin competencia y sin respetar la norma legal que entró a reglamentar.

- El artículo 3º, numeral 13 del Decreto 103 de 1991 (Decreto 1730/91, artículo 41 103 numeral 14, relativo a las funciones de la Superintendencia Bancaria de instruir a las entidades vigiladas por medio de circulares y al público en general. Esta función consiste en instruir a las entidades financieras pero faculta al Superintendente para ir más allá del sentido de la ley que pretenda reglar.

- El artículo 715 del Código de Comercio sobre el cobro por conducto de un banco de los cheques no negociables. Informa que la misma Superintendencia así lo había expresado en varios conceptos anteriores e insiste en que la posibilidad de cobrar por ventanilla esta clase de cheques contradice abiertamente la misma disposición a la cual se refiere la circular demandada, la cual expresamente dispone que “sólo podrán cobrarse por conducto de un banco”. La Circular está derogando la norma y asumiendo función legisladora o poder reglamentario, de los cuales carece, por lo cual debe ser anulada.

LA ENTIDAD DEMANDADA

La parte opositora defiende el contenido de la circular acusada, recordando que para solucionar problemas de diversa índole entre el público y a petición de la Asociación Bancario modificó la Circular Externa 068 de 1990 que contenía instrucciones en sentido contrario.

Fundamentalmente la Superintendencia Bancaria sustenta su posición afirmando que unas son las cláusulas restrictivas a la negociabilidad del cheque a las cuales se refiere el artículo 715 del Código de Comercio y otras las cláusulas restrictivas al pago de los cheques que el mismo Código regula en los artículos 734 a 737.

Que una interpretación armónica de estas disposiciones indica que el 2º inciso del artículo 715 puede interpretarse en la forma consignada en la

SECCION CUARTA

Circular 026 sin que implique violación de éste que se refiere a la negociabilidad y no al pago. De suerte que las anotaciones de “no negociable” o “páguese al primer beneficiario” que son las usuales en las restrictivas de negociabilidad, no se oponen al pago directo por ventanilla al beneficiario primario del cheque.

A título de ejemplo en la vida práctica cita el caso de los cheques de los empleados oficiales que para seguridad tanto de éstos como de la entidad que los emite, se restringen en anotaciones como las mencionadas sin que por ello se imposibilite al empleado que carece de cuenta corriente, cobrarlo por ventanilla.

Refuta cada uno de los cargos de violación a las normas constitucionales puesto que el Superintendente al ejercer la función de instrucción todo lo que hizo fue apoyarse en el artículo 30 del Código Civil para hacer una interpretación armónica de la ley sin que por ello constituya usurpación de las competencias del Congreso o del Presidente de la República consagrados en las normas señaladas por la demandante.

El Ministerio Público llama la atención sobre la circunstancia de que para la adecuada interpretación del artículo 715 es necesario tener suficientemente clara la idea de lo que significa la negociabilidad de un título valor como el cheque, pues en el cobro directo o por parte del beneficiario no se realiza ninguna negociabilidad pues no está incorporando a ningún tercero en la operación de cambio. Por ello considera que la Superintendencia se limitó a darle el verdadero alcance al cheque como título valor pagadero a su presentación, sin que se presente ninguna de las restricciones legales o constitucionales que alega la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el auto que confirmó la suspensión provisional se advirtió poder llegar a una solución distinta como resultado de una labor de interpretación como es la que se ha desarrollado en el curso del proceso en el que se ha puesto de manifiesto que la temática contemplada en el artículo 715 del Código de Comercio sobre cláusulas restrictivas a la negociabilidad del cheque no puede confundirse con la tratada en los artículos 734 a 737 del mismo estatuto que trata de las restricciones al pago de los cheques.

Con esta perspectiva la Sala acoge las siguientes apreciaciones expuestas por la señora Procuradora Sexta Delegada en lo contencioso en su alegato de fondo (fls. 113/119).

“El primer inciso del artículo 715 precitado, habla de limitaciones a la negociabilidad el instrumento y por lo tanto el medio utilizado para su negociabilidad es el endoso, tal como lo establece el artículo 651 del mismo Código.

“Los artículos pertinentes regulan diferentes clases de endosos y expre- samente el artículo 658 estatuye que el endoso en procuración o al cobro no transfiere la propiedad y por lo tanto, éste no implica que haya sido negociado el instrumento.

“Es entonces, entendible que la figura del endoso, indiscutiblemente significa que se incorpora en la operación de cambio a un tercero que no es el beneficiario del instrumento.

“Así las cosas si el primer beneficiario se presenta al banco girado a hacer efectivo su título, no lo está endosando a ningún tercero y por lo tanto no está realizando negociabilidad del mismo.

“En otras palabras el artículo 715 regula tan sólo la negociabilidad del instrumento, o sea, la limitación para que un tercero distinto del primer beneficiario pueda concurrir a efectuar su cobro.

“El inciso segundo, simplemente establece que ante una cláusula de limitación de la negociabilidad, o por disposición de la ley, sólo puede cobrarlo, como tercero, un Banco, a través del cual lo está haciendo efectivo el primer beneficiario, y por lo tanto el endoso, que para ese efecto se realice, tiene que entenderse que no transfiere la propiedad, y que tan sólo se está efectuando en procuración o al cobro. Naturalmente, para que el Banco, instrumento de cobro, pueda concurrir a hacer efectivo el cheque, el primer beneficiario debe haberlo endosado no como fruto de una operación de negociabilidad, sino como endoso al cobro, repetimos, que no transfiere la propiedad del mismo”.

Por las razones expuestas no encuentra la Sala motivos para acceder a la nulidad pedida. Tampoco comparte los alcances atribuidos por la actora a la Circular Externa demandada, de derogar o modificar los códigos o la de violentar la Constitución directamente, cuando simplemente corresponde al ejercicio de la facultad de instrucción atribuida al Superintendente Bancario por el artículo 4.1.1.0.3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

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

SECCION CUARTA

FALLA:

No se accede a las pretensiones de la demanda. Se revoca la suspensión provisional decretada en el auto de febrero 14 de 1992.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA / EXCEPCIONES / CONTROL JURISDICCIONAL

No se comparte el planteamiento en el sentido de que según el artículo 835 del Estatuto Tributario, sólo son demandables ante la jurisdicción contencioso -administrativa, las resoluciones que fallan excepciones, pero no las que solamente ordenan llevar adelante la ejecución, toda vez que la norma que a ellas se refiere, el artículo 836 ibidem, cuando dispone que contra la citada resolución no procede ningún recurso, se refiere es a los recursos propios de la vía gubernativa, pero no a las acciones ante lo contencioso administrativo. Así que no existiendo norma expresa que disponga la no procedibilidad del control judicial respecto de dicha resolución, deben aplicarse las normas de carácter general que regulan el control interno judicial de la administración y concretamente el artículo 83 del C. C. A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Ref.: Radicación 4406.

Apelación auto de julio 2 de 1992 Tribunal del Huila, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios por el año de 1979.

Actor: Héctor Perdomo Gutiérrez. Auto:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra el auto de 2 de julio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, en el cual se resolvió no dar curso a la demanda instaurada por la recurrente contra la Resolución número 334 de octubre 2 de 1991, que ordenó llevar adelante la ejecución contra la ejecutada,

SECCION CUARTA

proferida por la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, División de Cobranzas.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, profirió el 20 de febrero de 1989, mandamiento de pago ejecutivo contra el señor Héctor Perdomo Gutiérrez, por la suma de un millón trescientos noventa mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$1.390.863.00) por concepto de impuestos sobre la renta sirviendo como título ejecutivo la liquidación oficial número 465 del 14 de septiembre de 1982. Respecto de esta providencia interpuso recurso de apelación pero no interpuso excepciones para invalidar el título ejecutivo, recurso que fue resuelto en la Resolución número 334 de 2 de octubre de 1991, contra la cual interpuso la demanda que el Tribunal Administrativo del Huila no aceptó, precisamente por no haber excepcionado, concluyendo el *quo* que tal actitud indica aceptación de la deuda como insoluto.

El señor apoderado de la parte actora, en memorial visible a folio 10 del expediente, interpone recurso de apelación contra el auto de 2 de julio de 1992, fundando su inconformidad en que “la resolución que profiera la División de Cobranzas en esta clase de procesos bien puede hacer relación a resolver alguna excepción (previa o de fondo), o simplemente no resolver ninguna excepción y en su defecto ordenar llevar adelante la ejecución y el remate de bienes”. Agrega además, que “el artículo 835 del Estatuto Tributario usa el *plural* para indicar las resoluciones y que son demandables ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”, y a renglón seguido expresa: “su acepción gramatical se está refiriendo o bien a la resolución que resuelva excepciones, o bien la que ordena llevar adelante la ejecución”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El cobro coactivo y su procedimiento fue reglamentado por varios artículos del Decreto 2503 de 1986, incorporados ya en el Estatuto Tributario, en su Título VIII artículos 823 y siguientes como un procedimiento de *carácter administrativo*.

De acuerdo con lo anterior, el título ejecutivo se cuestiona en la vía gubernativa y el mandamiento de pago puede ser enervado a través de las excepciones a que se refiere específicamente el artículo 831 del citado estatuto.

El trámite de las excepciones se surte en los términos del procedimiento establecido en los artículos 830 y siguientes del mismo estatuto y culmina con

una resolución que falla las excepciones y ordena llevar adelante la ejecución (art. 835, Estatuto Tributario); si no se presentaron excepciones o el deudor no hubiere pagado, dicha resolución ordena llevar adelante la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados (artículo 836, Estatuto Tributario).

En cualquiera de los dos eventos, sea que se hubieren interpuesto excepciones o no, la citada decisión es un acto definitivo proferido en un procedimiento administrativo y como tal es objeto del control judicial por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

No comparte la Sala el planteamiento hecho por el señor apoderado de la Dirección de Impuestos Nacionales en el sentido de que según el artículo 835 del Estatuto Tributario, sólo son demandables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, las resoluciones que fallan excepciones, pero no las que solamente ordenan llevar adelante la ejecución, toda vez que la norma que a ellas se refiere, el artículo 836 *ibidem*, cuando dispone que contra la citada resolución no procede ningún recurso, se refiere es a los recursos propios de la vía gubernativa, pero no a las acciones ante lo contencioso administrativo.

Así que, no existiendo norma expresa que disponga la no procedibilidad del control judicial respecto de dicha resolución, a juicio de la Sala deben aplicarse las normas de carácter general que regulan el control judicial de la administración y concretamente el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, según el cual los actos administrativos, sin excepción, son objeto del control judicial.

Por lo expuesto, deberá revocarse el auto apelado y devolverse al Tribunal de origen para que se resuelva sobre la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que resuelva sobre la admisión de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

SECCION CUARTA

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sección (salva voto). *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCIONES/MANDAMIENTO DE PAGO / CONTROL JURISDICCIONAL (Salvamento de voto)

Conforme al artículo 835 del Estatuto Tributario, dentro del procedimiento de cobro coactivo administrativo, sólo es demandable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, las resoluciones que resuelvan las excepciones propuestas. Luego, puede concluirse que quien no ha excepcionado oportunamente, carece de acción para demandar la resolución en que por no haberse interpuesto excepciones, se ordena seguir adelante la ejecución y se dispone el remate de bienes (art. 836 E. T.).

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR
CARMELO MARTINEZ CONN**

Ref.: Expediente número 4406.

Apelación interlocutorios.

Actor: Héctor Perdomo Gutiérrez.

Santafé de Bogotá, D. C., 8 de marzo de 1993.

Adjunto a la presente el proyecto de auto interlocutorio que presenté a la Sala, confirmando el auto apelado y que no fue acogido por la mayoría de ésta. En el está consignado mi pensamiento al respecto.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta

Consejero Ponente: Dr. *Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente número 4406.

SECCION CUARTA

Actor: Héctor Perdomo Gutiérrez, C./Nación.

Apelación interlocutorios.

AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra el auto de 2 de julio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, en el cual resolvió no dar curso a la demanda instaurada por la recurrente contra la Resolución número 334 de octubre 2 de 1991, que ordena llevar adelante la ejecución contra la ejecutada, proferida por la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva-División Cobranzas.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, profirió el auto de febrero de 1989, mandamiento de pago ejecutivo contra el señor Héctor Perdomo Gutiérrez, por la suma de un millón trescientos noventa mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$1.390.863.00) moneda corriente por concepto de Impuestos sobre la Renta sirviendo como título ejecutivo la liquidación oficial número 465 del 14 de septiembre de 1982. Respecto de esta providencia interpuso recurso de apelación pero no interpuso excepciones para invalidar el título ejecutivo recurso que fue resuelto en la Resolución número 334 de dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), contra la cual interpuso la demanda que el Tribunal Administrativo del Huila no aceptó, precisamente por no haber excepcionado, concluyendo el *a quo* que tal actitud indica aceptación de la deuda como insoluta.

El señor apoderado de la parte actora, en memorial visible a folio 10 del expediente, interpone recurso de apelación contra el auto de 2 de julio de 1992, fundando su inconformidad en que “la resolución que profiera la División de Cobranzas en esta clase de procesos bien puede hacer relación a resolver alguna excepción (previa o de fondo), o simplemente no resolver ninguna excepción y en su defecto ordenar llevar adelante la ejecución y el remate de bienes”. Agrega además, que “el artículo 835 del Estatuto Tributario usa el *plural* para indicar las resoluciones y que son demandables ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”, y a renglón seguido expresa: “su acepción gramatical se está refiriendo o bien a la resolución que resuelva excepciones, o bien la que ordena llevar adelante la ejecución”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el punto a debatir radica en determinar si la resolución que profirió la Administración de Impuestos, en cumplimiento del artículo 108 del Decreto 2503 de 1987 (hoy artículo 836 del Decreto 624 de 1989), donde se ordena seguir adelante con la ejecución, como consecuencia de no haberse propuesto excepciones contra el título ejecutivo, está sujeta a control jurisdiccional por lo Contencioso Administrativo.

Para dilucidar el punto basta con transcribir en su integridad el artículo 835 del Estatuto Tributario el cual expresa:

“Artículo 835. Intervención del Contencioso Administrativo. Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y además llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción”.

Y, el 836 también pertinente al punto que se debate expresa:

“Artículo 836. Orden de ejecución. Si vencido el término para excepcionar no se hubieren propuesto excepciones o el deudor hubiere pagado, el funcionario competente proferirá resolución ordenando la ejecución y el remate de bienes embargados y secuestrados. *“Contra esta resolución no procede recurso alguno”*.

“Parágrafo: Cuando previamente a la orden de ejecución de que trata el presente artículo, no se hubieren dispuesto medidas preventivas, en dicho acto se decretará el embargo y secuestro de los bienes del deudor si estuvieren identificados; en caso de desconocerse los mismos, se ordenará la investigación de ellos para que una vez identificados se embarguen y secuestren y se prosiga con el remate de los mismos”.

Las disposiciones del Estatuto Tributario son muy claras y de ellas se pueden sacar las siguientes:

a) Al notificarse del mandamiento de pago y dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de dicha providencia, “el deudor deberá cancelar el monto de la deuda con sus respectivos intereses”. Dentro del mismo término, podrán proponerse mediante escrito las excepciones contempladas en el artículo siguiente (art. 830 E. T.);

SECCION CUARTA

b) Conforme al artículo 835 del Estatuto Tributario, dentro del procedimiento de cobro coactivo administrativo, sólo es demandable ante la jurisdicción contenciosa administrativa, las resoluciones que resuelvan las excepciones propuestas;

c) Luego, puede concluirse que quien no ha excepcionado oportunamente, carece de acción para demandar la resolución en que por no haberse interpuesto excepciones, se ordena seguir adelante la ejecución y se dispone el remate de bienes (art. 836 E. T.).

En el caso *sub lite* hay constancia en el expediente en el sentido de que el ejecutado no propuso excepciones, según se afirma en la misma resolución que se demanda 334 de octubre 2 de 1991 (ver letra d); en consecuencia, carece de acción para demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la resolución que por no haberse propuesto excepciones, dispone continuar la ejecución y el remate de bienes del deudor (art. 836 E. T.).

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

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala *Jaime Abella Zárate,*
Guillermo Chahín Lizcano, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CADUCIDAD - Término/ ACTO PRESUNTO/ LEY PROCESAL/ TRANSITO DE LEGISLACION

Bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 no se consagraba alguno de caducidad para accionar ante la jurisdicción contencioso - administrativa respecto de los actos presuntos. Sin embargo, de acuerdo con el Decreto 2304 de 1989, norma de orden público y de aplicación inmediata, es claro que la sociedad tenía cuatro (4) meses para ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa, contados a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2304, esto es, el 7 de octubre de 1989. En este sentido se ha pronunciado la Corporación para decir que en este caso no es de aplicación el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 por cuanto las situaciones que allí se preceptúan quedan comprendidas dentro del marco temporal de su ocurrencia, pero en el sub lite no es posible considerar un término que hubo de empezar a correr.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Ref.: Radicación 4485.

Apelación sentencia de 25 de agosto de 1992 del Tribunal Administrativo de Antioquia en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1987 vigencia 1988.

Actor: Productos Sanitarios Sancela S.A. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Productos Sanitarios Sancela S.A., contra la sentencia de 25 de agosto de 1992 que declaró probada la excepción de caducidad, proferida

SECCION CUARTA

por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1987, vigencia 1988.

ANTECEDENTES

Prevía investigación tributaria, el Departamento de Impuestos de Medellín expidió el 24 de noviembre de 1988 la Resolución número 28889, mediante la cual practicó liquidación oficial fijando como base gravable del impuesto de industria y comercio la suma de \$297.782.663 y el valor del impuesto en \$1.786.696.

Contra la resolución la sociedad actora interpuso el 16 de diciembre de 1988, recurso de reposición y subsidiario de apelación ante el Jefe del Departamento de Impuestos de Medellín y desde la interposición de tal recurso transcurrieron más de dos (2) meses sin que la administración decidiera, operando el silencio administrativo negativo.

LA DEMANDA:

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

1. Artículos 1º del Decreto 3070 de 1983 y 20 del Acuerdo 47 de 1983 (hoy art. 1º del Acuerdo 61 de 1989) del concejo de Medellín por interpretación errónea. El Departamento de Impuestos de Medellín al exigir a la contribuyente del impuesto de industria y comercio declarar en el municipio donde se encuentra la fábrica sobre la totalidad de las ventas nacionales, y en cada uno de los municipios donde realiza operaciones comerciales sobre las ventas respectivas, desconoció su ámbito territorial de competencia y estableció doble tributación.

2. Artículos 32 de la Ley 14 de 1983 y 1º del Acuerdo 47 de 1983 del Concejo de Medellín por desconocimiento de la administración de su propia competencia. El Departamento de Impuestos de Medellín tomó como base gravable ingresos provenientes de otros municipios donde carecía de competencia.

3. Artículos 28 y 35 del Decreto 01 de 1984 por falta de aplicación ya que la administración "omitió motivar un acto administrativo iniciado de oficio que afecta a un particular" (fl. 9).

4. Inciso 2º del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983. Se presenta violación de la ley por aplicación de una norma que fue declarada nula por el Consejo de Estado a través de la sentencia de 25 de septiembre de 1989.

LA OPOSICION

La apoderada judicial del Municipio de Medellín se opuso a las peticiones de la demanda y formuló la excepción de caducidad consagrada en el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 argumentando que la demanda fue presentada por la sociedad actora el 5 de abril de 1990 (estando ya vigente el Decreto 2304 de 1989) y “el actor interpuso los recursos el 16 de diciembre de 1988; la Administración Municipal guardó silencio según lo manifiesta el demandante en los hechos de la demanda, entendiéndose negados para éste en virtud del artículo 7º del Decreto 2304 de 1989 (silencio Administrativo)” (fl. 67).

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Antioquia probada la excepción de caducidad propuesta por la apoderada del Municipio de Medellín, con base en las siguientes consideraciones:

Contra la Resolución número 28889 de 24 de noviembre de 1988, expedida por el Departamento de Impuestos de Medellín, la sociedad actora interpuso el 16 de diciembre de 1988 el recurso de reposición y el subsidiario de apelación, y transcurrieron más de dos meses sin que se notificara decisión expresa en relación con ellos.

El artículo 91 del Acuerdo 61 de 1989 establece que luego de que haya transcurrido un plazo de dos (2) meses contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o de apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos se entiende que la decisión es negativa.

La actora presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 6 de abril de 1990, “después de un año de producirse el silencio administrativo negativo previsto en la norma local antes señalada” (fl. 143).

El Decreto-ley 01 de 1984, vigente cuando se profirió el acto expreso, se interpusieron los recursos de reposición y apelación, y se produjo el acto negativo, no consagraba término de caducidad para ejercer la acción de restablecimiento del derecho contra actos presuntos derivados del silencio administrativo negativo.

Posteriormente entró a regir el Decreto 2304 de 7 de octubre de 1989, el cual dispuso que “si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro meses, contados a partir del día siguiente a aquél en que se configure el silencio negativo”. El término de caducidad para la actora

SECCION CUARTA

comenzaba a correr a partir de la vigencia del mencionado Decreto (7 de octubre de 1989).

Teniendo en cuenta lo anterior y las providencias del Consejo de Estado, Sección Primera, de 6 de abril de 1990, expediente 1430, Consejero Ponente doctor Rodrigo Vieira Puerta, y de 24 de octubre de 1990, expediente 1430, Consejera Ponente, doctora Myriam Guerrero de Escobar, concluyó que cuando la actora presentó la demanda ya había operado la caducidad.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

De conformidad con lo establecido en los artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887, para la actora había comenzado a regir un término especial previsto por el Decreto 01 de 1984 que se concretaba en “una caducidad sin límite alguno de tiempo...”. Además, el artículo 41 *ib.* permite que la contribuyente se acoja a los términos consagrados en el Decreto 2304 de 1989 o al Decreto 01 de 1984.

En relación con la providencia del Consejo de Estado de 24 de octubre de 1990, Sección Primera, Consejera Ponente doctora Myriam Guerrero de Escobar, afirma que tal pronunciamiento pudo ser válido hasta el 5 de julio de 1991, fecha en la cual entró a regir la nueva Carta Constitucional.

Finalmente manifestó que en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procedimental. Artículo 228 de la Constitución.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte demandante dentro de esta oportunidad procesal repite los argumentos planteados al sustentar el recurso de apelación y agrega “es que como lo dice el Consejo de Estado en sentencia de 6 de agosto de 1992 (Expediente 4005, Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos) ‘...una sentencia no constituye en sí misma un fundamento para proferir otra decisión, porque ésta debe obviamente basarse en los hechos alegados y las pruebas presentadas que permitan la aplicación del derecho vigente a las pretensiones de las partes’” (fl. 163).

En esta etapa procesal no se conocen pronunciamientos de la entidad demandada ni del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala la controversia se concreta en determinar si en el *sub lite* operó o no la caducidad, entendida ésta como la pérdida del derecho de acción por su no ejercicio dentro del término establecido por la ley.

Habrà de analizarse en primer término la configuración del silencio administrativo negativo.

El marco normativo invocado para el efecto se encuentra en el artículo 91 del Acuerdo 61 de 1989, el cual dispone que:

“Transcurrido un plazo de dos (2) meses contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o de apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.”

En este caso, contra la Resolución número 28889 de 24 de noviembre de 1988, mediante el cual el Jefe del Departamento de Impuestos de Medellín liquidó oficialmente a la actora el impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1987, vigencia de 1988, el representante legal de la sociedad actora interpuso el 16 de diciembre de 1988 recurso de reposición y en subsidio de apelación.

Transcurrieron más de dos (2) meses sin que la administración municipal notificara decisión expresa en relación con los recursos interpuestos, configurándose así el silencio administrativo negativo previsto en el artículo 91 del Acuerdo 61 de 1989, el día 16 de febrero de 1989.

El recurso de reposición y el subsidiario de apelación fueron interpuestos por la actora mediante memorial presentado el 16 de diciembre de 1988, esto es, bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, que no consagra término alguno de caducidad para accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos presuntos.

El 7 de octubre de 1989 entró a regir el Decreto 2304 de 1989, el cual en su artículo 23, inciso 2º, parte final, estableció que:

“Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo”.

Teniendo en cuenta el carácter de norma de orden público y de aplicación inmediata del Decreto 2304 de 1989, para la Sala es claro que la sociedad actora tenía cuatro (4) meses para ejercitar la acción de nulidad y restableci-

SECCION CUARTA

miento del derecho ante la jurisdicción contenciosa, contados a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2304, esto es, el 7 de octubre de 1989.

Como la actora presentó la demanda el 6 de abril de 1990, el Tribunal *a quo* obró conforme a derecho al declarar probada la excepción de caducidad propuesta por la apoderada de la entidad demandada.

En este sentido se pronunció la Corporación en la providencia de 6 de abril de 1990, expediente 1430, Consejero Ponente doctor Rodrigo Vieira Puerta, en la cual y con respecto a la aplicabilidad del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, precisó que “y es de advertir que no es de aplicación el contenido del artículo 40 de Ley 153 de 1887, el cual, *prima facie*, parecería favorecer una interpretación contraria, al disponer como criterio de hermenéutica que ‘...los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación’, por cuanto si bien esas situaciones, como allí se preceptúa, quedan comprendidas dentro del marco temporal de su ocurrencia, en el caso *sub lite* no es posible advertir o considerar un término que hubo de empezar a correr, por implicar precisamente la hipótesis contraria de una facultad de accionar, ya se ha dicho, sin término”.

Por lo anterior, el recurso interpuesto no prosperará y la Sala confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn., Presidente de la Sección *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Consuelo Sarria Ólcos*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION ESPECIAL / ANTICIPO DE CONTRIBUCION ESPECIAL / PAGO DE CONTRIBUCION ESPECIAL / SUSPENSION PROVISIONAL

El pago de contribución especial está contemplado en el primer inciso del artículo 248-1 de E. T. cuando dispone que deberá liquidarse en la respectiva declaración, lo que implica que su pago deberá hacerse en la misma forma y plazos que rigen para la cancelación del impuesto ordinario. Conocida la naturaleza del anticipo que contempló además la Ley 6ª de 1992, que se hace "a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable" se puede observar que refiriéndose la contribución, en su primer año de existencia para el año gravable de 1993 debía calcularse en las cuotas del anticipo para ese año, o sea en la liquidación privada de 1992, sin que a primera vista se detecte contradicción manifiesta con la norma reglamentada (Ley 6ª de 1992) que precisamente para tal efecto amplió la base del cálculo del anticipo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4641.

Autoridades nacionales. Auto.

Actores: Alvaro Arango Mejía y José Joaquín Bernal Ardila.

Los ciudadanos Alvaro Arango Mejía (q.e.p.d.) y Joaquín Bernal Ardila obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C. C. A. demandan la declaratoria de nulidad de varias expresiones utilizadas en los Decretos Reglamentarios 2064 y 2076 de 1992 (diciembre 23) relacionados con el pago de la Contribución Especial creada por el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992.

SECCION CUARTA

Se concreta la petición de nulidad a la expresión "...incluyendo el anticipo a la contribución especial..." que utiliza en el artículo 11 (3er inciso), en el artículo 12 (2º inciso) y en el artículo 13 (2º inciso y párrafos 1º y 2º) el Decreto 2064 y varias expresiones del artículo 1º del Decreto 2076, ambos del 23 de diciembre de 1992. Tales expresiones lo que indican en síntesis es que el cálculo del anticipo del Impuesto de Renta para el año de 1993 que debe determinarse e incluirse en la liquidación privada del año gravable de 1992, lo correspondiente, a la "Contribución Especial" establecida por el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992.

Será aceptada la demanda que fue corregida y llenados los requisitos formales indicados por Sala Unitaria.

Procede la Sala a decidir la petición de *suspensión provisional* de las normas acusadas, con las siguientes consideraciones:

La norma básica reglamentada como ya se dijo es el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992 que adicionó al Estatuto Tributario con el artículo 248-1 del cual se destacan los apartes que más influyen en el asunto planteado, destacándose algunas de sus partes, así:

"Artículo 11. Contribución especial a cargo de los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"*Artículo 248-1 del Estatuto Tributario*

...

Artículo 248.1 Contribución especial a cargo de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Créase una contribución especial para los **años gravables 1993 a 1997, inclusive**, a cargo de los declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios. Esta contribución será equivalente al veinticinco por ciento (25%) **uno de dichos años gravables y se liquidará en la respectiva declaración de renta y complementarios**" (se resalta y destaca).

Parágrafo primero transitorio del artículo 807 del estatuto tributario.

...

“Parágrafo primero transitorio. Para los años gravables 1993 a 1997, el anticipo contemplado en este artículo, será del setenta y cinco por ciento (75%) y *deberá liquidarse sobre el impuesto de renta más la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1*” (se resalta y destaca).

Para los actores la contradicción con la ley se reduce a que no debe incluirse en las liquidaciones privadas del ejercicio de 1992, anticipo correspondiente a la Contribución Especial, por cuanto éste rige para los años gravables de 1993 a 1997, con la siguiente argumentación central refiriéndose al parágrafo transitorio que acaba de transcribirse:

“Nótese que el anticipo de la contribución especial, de acuerdo con el contenido literal del parágrafo citado, deberá calcularse *sobre* la contribución especial del respectivo ejercicio de que trata el artículo 248-1. éstos son, los ejercicios gravables 1993 a 1997. Pues bien, por el año gravable de 1992, declaración que deberá presentarse este año, la ley no ordenó liquidar contribución especial, se repite, dicha contribución solamente opera a partir del ejercicio gravable 1993. Si la ley ordenó calcular el anticipo sobre la contribución liquidada en el respectivo ejercicio y tenemos que para el ejercicio gravable 1992 no se liquida la contribución especial de que trata el artículo 248-1, mal podría cobrarse en 1992 un anticipo para 1993, como efectivamente lo pretende hacer el Gobierno Nacional mediante las disposiciones acusadas del Decreto 2064 de 1992 cuando establecen que por el año gravable de 1992 deberá incluirse y pagarse el anticipo de la contribución especial; cabe preguntarse, ¿sobre qué base se calcularía el anticipo de 1992?”

Lo mismo sucede con el Decreto 2076 cuando en su artículo primero establece que deberá incluirse el cálculo del anticipo de la contribución especial en la declaración de renta y complementarios *del año inmediatamente anterior a cada uno de dichos años*. Lo anterior jamás ha sido dicho por el articulado de la Ley 6ª de 1992”.

SE CONSIDERA:

Los decretos que contienen las expresiones acusadas de ilegalidad son decretos de carácter reglamentario por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria del ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política y ambos citan en su encabezamiento también el numeral 20 del mismo artículo. Por el Decreto 2064 “se fijan lugares y plazos para la presentación de las declaraciones tributarias y para el pago de los impuestos,

SECCION CUARTA

anticipos y retenciones en la fuente y se dictan otras disposiciones” y por el Decreto 2076 “se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones”.

Como quedó expuesto, la crítica fundamental que se hace a estos decretos se basa en el hecho de que ordenan incluir dentro del anticipo para 1993 (que debe determinarse en la liquidación privada del ejercicio de 1992 pagadera durante el año calendario de 1993), una parte de la Contribución Especial que fue creada por el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992. Como norma violada se cita este mismo artículo 11.

De la lectura desprevenida de la norma citada se destaca que por ella se creó “una contribución especial para los años gravables de 1993 a 1997, inclusive...”, contribución que será equivalente al 25% del impuesto neto sobre la renta determinado por cada uno de dichos años gravables y se liquidará en la respectiva declaración de renta y complementarios.

Para la Sala es claro que se trata de una contribución especial que afecta o incrementa en un 25% el Impuesto de Renta correspondiente a cada uno de los años gravables de 1993 hasta el de 1997, inclusive, y por tal razón se debe liquidar en la respectiva declaración de cada uno de tales años. Es decir, el *quantum* de la contribución está perfectamente determinada en un 25% del “impuesto neto” sobre la renta, determinado por cada uno de dichos años gravables.

El aspecto del pago, que es el que fundamentalmente cuestionan los demandantes, está contemplado en el primer inciso cuando dispone que deberá liquidarse en la respectiva declaración, lo que implica que su pago deberá hacerse en la misma forma y plazos que rigen para la cancelación del impuesto ordinario. Pero la Ley 6ª contempló además del pago de la liquidación privada, el aspecto relacionado con el *anticipo*, para lo cual fue necesario adicionar el texto del artículo 807 que es el que lo contempla en el Estatuto Tributario y que se refiere sólo al “Impuesto de Renta y del Complementario de Patrimonio”. Como se trataba del pago de una contribución especial nueva, de creación en la misma ley, obviamente no contemplada en el artículo 807, adicionó este con el siguiente párrafo:

“Párrafo primero transitorio. Para los años gravables 1993 a 1997, el anticipo contemplado en este artículo, será del setenta y cinco por ciento (75%) y deberá liquidarse sobre el Impuesto de Renta más la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1”.

Conocida la naturaleza de esta forma de pago que se hace “a título de anticipo del Impuesto de Renta del año siguiente al gravable”, se puede observar que refiriéndose la contribución, en su primer año de existencia para el año gravable de 1993, debía calcularse en las cuotas del anticipo para ese año, o sea, en la liquidación privada de 1992, sin que a primera vista se detecte contradicción manifiesta con la norma reglamentada, que precisamente para tal efecto amplió la base de cálculo del anticipo. Por lo anterior no se accederá a la suspensión pedida y por ser un hecho conocido el fallecimiento del doctor Alvaro Arango Mejía, se tendrá como parte demandante solamente al doctor Bernal Ardila.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Admítase la demanda de nulidad de la frase “incluyendo el anticipo a la contribución especial”, contenida en el artículo 11 (inciso 3º), artículo 12 (inciso 2º), artículo 13 (inciso 2º y párrafos 1 y 2) del Decreto número 2064 de 1992 y la referencia a la “contribución especial” hecha en el artículo 1º del Decreto número 2076 de 1992, entablada con base en el artículo 84 del C. C. A. por los ciudadanos Alvaro Arango Mejía (q.c.p.d.) y José Joaquín Bernal. Téngase a este último como parte demandante. En consecuencia, se dispone:

1º Notifíquese personalmente al procurador delegado ante esta corporación.

2º Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a su delegado para recibir notificaciones.

3º Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

4º Solicítase al Ministerio de Hacienda el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición de los Decretos números 2064 y 2076 en lo que se refiere al pago de la Contribución Especial creada por el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992, en el término de cinco (5) días.

No se accede a decretar la *suspensión provisional* solicitada por los demandantes.

SECCION CUARTA

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carmelo Martínez Conn. Presidente Jaime Abella Zárate, Guillermo
Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

CADUCIDAD - Inexistencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DERECHO DE DEFENSA

Como los actos que se demandan son administrativos, éstos debieron indicar los recursos que contra ellos procedían y los términos dentro de los cuales debían interponerse, por la afectada, por tratarse de actos particulares y concretos y como tal indicación no se contiene en los oficios cuestionados suscritos por el señor Contralor General de la República, se concluye que cuando se presentó la demanda, no había caducado la acción precisamente por la falta de indicación de los recursos y el término para interponerlos, cuya consecuencia es que no había caducado la acción de restablecimiento.

CONTROL FISCAL / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Los dineros que la Federación Nacional de Cafeteros pertenecientes al Fondo Nacional del Café, recibe, son esencialmente, productos de impuestos nacionales, es decir, dineros del erario público, destinados a una finalidad concreta, como lo es la satisfacción de necesidades públicas, que normalmente deben cumplir las agencias del Estado. Es por ello, que están destinados a un fin público concreto y por lo mismo, no puede escapar la Federación Nacional de Cafeteros al control fiscal que ejerce en virtud de la Constitución, la ley y el contrato, la Contraloría General de la República. Si se entendiera que tales dineros los recibe la Federación a título de donación, tendría que declararlo así la ley, pues la donación no se presume y menos de dineros públicos.

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Naturaleza / FONDO NACIONAL DE CAFE / CONTROL FISCAL / CONTRIBUCION PARAFISCAL

SECCION CUARTA

Los ingresos que transfiere el Fondo Nacional del Café y que son de su propiedad, a la Federación Nacional de Cafeteros siguen perteneciendo a éste, por cuanto tienen destinaciones especiales a fin de atender necesidades colectivas de la región cafetera; por lo tanto no son bienes ni rentas privadas, puesto que la Federación lo que hace es administrar impuestos, en este caso denominados contribuciones parafiscales. Sin embargo siendo como es la Federación una entidad gremial de derecho privado, recibe emolumentos en virtud de tal condición, como son los aportes de sus afiliados, la remuneración que percibe del Fondo Nacional del Café y demás actividades que realiza por o para sus afiliados, o para el manejo y la administración de las reservas prestacionales constituidas para atender a sus propios empleados, sobre los cuales no puede haber control fiscal.

INGRESOS POR COMERCIALIZACION DEL CAFE / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS / FONDO NACIONAL DEL CAFE

Los ingresos que la Federación nacional de Cafeteros ha obtenido de utilidad generada de la operación de comercialización interna del café, mediante la compra con sus propios recursos de la materia prima -café pergamino- al Fondo Nacional del Café y asumiendo los costos y riesgos correspondientes de propiedad de dicha Federación y no están sujetos a la comercialización, tanto externa como interna, que realice dicha Federación a nombre del Fondo Nacional de Café.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá D. C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número 2687.

Actoras: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia / La Nación, Contraloría General de la República. Fallo.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, entidad gremial de derecho privado y sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida por Resolución Ejecutiva Nacional No. 33 de 1927, en extenso memorial de demanda presentó en la Secretaría de la Sección Cuarta el 9 de octubre de

1989, pide que se decrete la nulidad de los numerales 6 y 8 del Capítulo "Conclusiones" del oficio de 30 de noviembre de 1988, que el señor Contralor General de la República dirigió al señor Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros y cuyo tenor es el que sigue:

"Conclusiones: Como conclusiones finales, derivadas de las exposiciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias aquí expuestas, podemos concluir las siguientes:

"6. La Federación no recibe ninguno de los recursos que le entrega el Estado a título traslativo de dominio, ni a título de donación, ni la Federación puede ejercer frente a ellos los atributos del derecho de propiedad ni usarlos libremente. Esto impide que quepa la figura de la donación mientras una ley de la República no autorice a la Administradora del Fondo al efecto. La donación no es presumible según el Código Civil".

"8. La Contraloría tiene la obligación de solicitar una información y en concreto rendición de cuentas, sobre la parte que reciba la Federación en virtud del impuesto ad-valorem y del impuesto de pasilla para campañas de sanidad rural, y para campañas de progreso social y económico de las zonas cafeteras. No basta conocer las instrucciones que de la federación para ello, sino que debe verificarse efectivamente esa destinación, en aplicación de la Ley 11 de 1972 que ordena a la Federación rendir cuentas a la Contraloría para su revisión y fenecimiento". Pide, además, que se decrete la nulidad de la frase "y los beneficios de ésta son recursos del Fondo" contenida en el citado oficio de 30 de noviembre de 1988, página 22 cuyo texto completo dice:

"De otra parte como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros para consumo nacional es comprado al Fondo Nacional del Café, que lo ha recibido por retención o por compra de los cafeteros, estamos en presencia de figuras que se enmarcan en el concepto de comercialización; y los beneficios de ésta son recursos del Fondo". (La parte que se destaca es la que se demanda).

Además, también pide que se decrete la nulidad del oficio de 8 de junio de 1989, emitido por el señor Contralor General de la República que confirmó el contenido del memorando oficio de 30 de noviembre de 1988 que textualmente expresa:

SECCION CUARTA

“Bogotá, 8 de junio de 1989

Doctor

Hernán Uribe Arango

Gerente (E.)

Federación Nacional de Cafeteros

E. S. D.

“Apreciado Doctor:

“Este Despacho ha estudiado cuidadosamente el texto de la carta enviada el 20 de abril pasado, como los memorandos anexos a la misma, relacionados con el tratamiento fiscal del impuesto ad-valorem a la exportación de Café y de las utilidades obtenidas en la comercialización interna del mismo”.

“Al respecto, es criterio de la Contraloría General, que los conceptos allí contenidos no invalidan lo expuesto en las comunicaciones remitidas a ustedes el 30 de noviembre pasado. De igual forma es entendido que el contrato suscrito por el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros en diciembre de 1988, tuvo su etapa de discusión para llegar al acuerdo contractual y constituirse por ende en ley para las partes. Por lo tanto la Contraloría General continuará fiscalizando bajo los parámetros de la Ley 11 de 1972, la Ley 20 de 1975 y las cláusulas contractuales en especial la 7ª y la 42 en las cuales se definen tanto los recursos que se incorporan al Fondo Nacional del Café y su destinación como la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los dineros y fondos oficiales administrados o invertidos tanto por la Federación como por los Comités Departamentales. El texto señalado es de una claridad tan meridiana que no permite interpretación distinta a lo allí pactado”.

“Como consecuencia de lo anterior esperamos obtener de esa gerencia la máxima colaboración para desarrollar de una manera oportuna y eficaz el control fiscal establecido legal y contractualmente”.

“Del señor Gerente con toda consideración”.

“Rodolfo González García”

“Contralor General”.

“Que como consecuencia de la nulidad solicitada, debe declararse que la Contraloría General de la República carece de atribuciones para ejercer control fiscal respecto de los recursos que por transferencia directa del legislador, en virtud de subvención acrecen el patrimonio de la Federación para ser utilizados en las finalidades asignadas por la ley y los estatutos de la entidad a partir del momento en que tales recursos son registrados en la contabilidad de la Federación”.

“Que igualmente, debe declararse que la Contraloría General de la República carece de competencia para ejercitar vigilancia fiscal sobre los dineros que percibe la Federación Nacional de Cafeteros como resultado de la comercialización del café que ella, con sus recursos propios, compra de las existencias del Fondo Nacional del Café, y procesa a sus expensas”.

En cuanto a los hechos en que se funda la demanda, los demandantes relatan que la Contraloría General de la República por mandato de la Ley 11 de 1972, ejerce la vigilancia fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros, sobre “las inversiones de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café y sobre los demás bienes y fondos públicos que ésta administre”, expidiendo las resoluciones orgánicas del caso; y que el 20 de mayo de 1988, el Auditor de la Contraloría General de la República ante la Federación, envió al Gerente General de ésta, el oficio A.G.524 en el que inquiría acerca del incumplimiento de la Federación Nacional de Cafeteros de obligaciones que a su juicio, imponen la ley y el contrato vigente; concretamente, solicitó explicación sobre los fundamentos legales o contractuales de las operaciones de compraventa del café del Fondo Nacional del Café a la Federación y la liquidación como propia de las utilidades de ésta, obtenidas en la comercialización de café del Fondo Nacional del Café, vendido para consumo particular a la Federación, y la razón por la cual no se rendían cuentas sobre la inversión y manejo de los recursos recibidos por concepto de impuestos ad-valorem asignada por el artículo 227 del Decreto 444 de 1967, a las campañas para el progreso social y económico de las zonas cafeteras y los originados en las Leyes 128 de 1941 y 66 de 1942, destinados a campañas de sanidad rural en la región cafetera.

Posteriormente el 16 de junio de 1988, el Gerente General de la Federación de Cafeteros responde al auditor diciendo que ha ordenado a las distintas áreas que tienen que ver con los cuestionamientos de la Auditoría, un análisis de fondo para responderle en forma precisa, la que se produjo parcialmente el 16 de septiembre de 1988, mediante la comunicación 0595,

SECCION CUARTA

a la cual adjuntó el concepto emitido por el doctor Alvaro Esguerra (q.p.d.) sobre el tema, y el once (11) de octubre de 1988 el Gerente General de la Federación, encargado, envió la comunicación GG 647 a la que acompaña el concepto emitido por el doctor Diego Moreno Jaramillo, acerca del destino de las utilidades que obtiene la Federación por la comercialización del Café comprado al Fondo Nacional del Café y con destino al consumo interno.

El 30 de noviembre de 1988 el Contralor General de la República emite un extenso oficio relativo a la extensión de las facultades de fiscalización de la entidad a su cargo, sobre el impuesto destinado por el estatuto cambiario a las campañas que la Federación ejecuta por conducto de los Comités Departamentales, en relación con el impuesto de cuatro pesos (\$4,00) por cada saco de pasilla para campañas de sanidad rural en cumplimiento de la Ley 66 de 1942, y asimismo, sobre la utilidad producto de la comercialización interna del café, que la Federación compra al Fondo; se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de la Federación Nacional de Cafeteros con el Fondo Nacional del Café y de los bienes pertenecientes a éste; régimen fiscal aplicable a la Federación como administradora del Fondo, y alcance de la función de la Contraloría y del Contrato de Administración, a la que la Federación responde el 20 de abril de 1989 en la comunicación GG.0233, adjuntándole copia fotostática de los memorandos redactados por los doctor Alvaro Esguerra y el Director de la División Jurídica de Cafeteros doctor Gaspar Caballero Sierra, en los que se examinan los planteamientos de la Contraloría, las leyes vigentes aplicables y el contrato celebrado entre la Federación y el Gobierno Nacional el 22 de diciembre de 1988, los cuales a su juicio, hacen claridad al respecto. La Contraloría General de la República, respondió el ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), expresando que los conceptos anteriores no invalidan lo expuesto por esa oficina el 30 de noviembre de 1988 y que el contrato suscrito con el Gobierno Nacional es ley para las partes, por lo que esa Contraloría continuará su gestión fiscalizadora bajo los parámetros señalados en la Ley 11 de 1972, 20 de 1975 y las cláusulas contractuales, especialmente la 7ª y la 42, en las que se definen los recursos que son del Fondo Nacional del Café y su destinación, y la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los dineros nacionales administrados por la Federación Nacional de Cafeteros y los Comités Departamentales, "textos que son de meridiana claridad", insistiendo a su turno la Federación, en los puntos de vista expuestos en la comunicación GG 0233, en oficio de respuesta de fecha 13 de junio de 1989.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

En la demanda se expresa que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, es una entidad de carácter gremial de los productores de café que surgió de la voluntad del Congreso Cafetero reunido en 1927, como una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, cuyo objeto es la defensa de la industria cafetera, carácter que se ha reconocido legalmente (Ley 11 de 1972) y como tal tiene un patrimonio propio y autonomía administrativa e intereses propios de la Federación, a los que el Contralor General de la Nación, so pretexto de ejercer la vigilancia fiscal de la inversión de los dineros públicos provenientes del Fondo Nacional del Café, y los demás bienes y fondos oficiales que administra, conforme al artículo 3º de la Ley 11 de 1972, quiere extender su intervención vulnerando intereses particulares de la Federación.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

Se dice en la demanda que los actos acusados originarios del Despacho del señor Contralor General de la República, se fundamentan, según este funcionario, en que las normas legales y las estipulaciones del contrato celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Gobierno Nacional de 20 de diciembre de 1978, (cláusula catorce), según el oficio de 30 de noviembre de 1988 acusado parcialmente, y en el contrato celebrado entre las mismas partes el 22 de diciembre de 1988 (cláusulas 7ª y 42), facultan a ese Despacho para ejercer una vigilancia integral sobre la inversión y el manejo de las utilidades producto de la comercialización interna y los valores retenidos a los exportadores por la venta de pasilla, que éstos hacen al Fondo Nacional del Café, y sobre la inversión y manejo de los recursos que reciben la Federación y los comités departamentales, originados en el impuesto ad valorem, conforme al artículo 227 del Decreto 444 de 1967, recursos asignados para adelantar campañas de progreso social y económico en las zonas cafeteras, y la inversión y manejo de los recursos asignados por la ley a las campañas de sanidad rural de las zonas cafeteras que adelante la Federación.

Entre los dineros que la Federación administra como persona de derecho privado que considera la actora, son recursos propios, no sometidos por ello, al control fiscal de la Contraloría, señala:

- a) Las cuotas que recibe de sus afiliados;

SECCION CUARTA

b) Los recursos que recibe como contraprestación por el cumplimiento de sus obligaciones en los contratos de prestación de servicios y de administración del Fondo Nacional del Café;

c) Los beneficios que recibe derivados de sus propias actividades, entre otras las utilidades originadas en la comercialización interna del café que la Federación desarrolla con el café que con sus propios recursos compra al Fondo Nacional del Café, asumiendo los riesgos propios del comercio, y

d) Los recursos que a título de transferencia o subvención legal, percibe para ser aplicados en las campañas de sanidad y desarrollo social y económico de las zonas cafeteras.

Sostiene la actora, que si bien es cierto que todos los recursos propios de la Federación están destinados, por sus estatutos, y por mandato legal, a la protección y desarrollo de la industria cafetera, esa finalidad no desvirtúa su carácter de ente privado, ni su autonomía administrativa, conforme al artículo 5º de la Ley 11 de 1972; pero la ley en virtud de la circunstancia de que la Federación administra el Fondo Nacional del Café y otros fondos y bienes públicos, previó la fiscalización y control por parte de la Contraloría General de la República, por lo cual es necesario determinar el límite de tal fiscalización, que la Ley 11 de 1972 señaló en el sentido de que la vigilancia fiscal se contrae a la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y demás bienes oficiales que administre (art. 3º), debiendo la Federación rendir cuentas periódicas a la Contraloría sobre los recursos que administra para su revisión y fenecimiento, (art. 4º) para lo cual la Contraloría debe adoptar sistemas especiales que no menoscaben la autonomía administrativa de la Federación, como entidad de derecho privado que es, (art. 5º) sobre el cual la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de octubre de 1977, al declarar exequible el artículo 5º de la Ley 11 de 1972, precisó:

“6. Así las cosas aparece evidente que la Federación tuvo origen privado, no fue creada por disposición legal y sus órganos de actuación derivan de lo previsto en sus estatutos, careciendo de ánimo de lucro, está vinculada a los intereses nacionales mediante contratos especiales que la autorizan a manejar parte de los dineros públicos para la protección y defensa de la Industria Cafetera”.

“La Federación, además, tiene su Propio Patrimonio, no se desvirtúa su carácter privado por el hecho de que maneje fondos provenientes de contribuciones a que se refieren las Leyes 76 de 1927, 21 de 1935 y otras normas especiales, ni tampoco por virtud de la

existencia del Fondo Nacional del Café; (D.L. 2078 de 1942 y Ley 66 de 1942) esto solamente indica que está sujeta a vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República habida cuenta de que administra ingresos de origen público”. (Lo resaltado es de la Sala).

“8. La calificación hecha en el artículo 5º de la Ley 11/72 de la Federación Nacional de Cafeteros como entidad de derecho privado no es inconstitucional como ya se ha dicho”.

“Porque no define ni transforma su naturaleza y solo reconoce la preexistente. Es una simple mención explicativa, destinada a precisar y justificar la modalidad del control fiscal”.

“Tal parece, pues, que la norma que ahora se discute contenga una redundancia, porque correlacionando las dos normas transcritas, *resulta inequívoco que si la Federación, como es cierto, maneja y administra por medios contractuales, dineros públicos,* es obligación de la Contraloría General ejercer control tanto sobre ellos como sobre la totalidad de los bienes y servicios que con ellos se obtenga o se hayan obtenido; por lo mismo lo que ahora se dispone en el artículo 5º cuestionado, no solo es nuevo, sino que no presenta desacuerdo con la naturaleza de la Federación. Por ello no significa que sea inconstitucional, ni que el control fiscal quede menguando; *siendo tarea y responsabilidad del Contralor General de la República, velar por el destino de los dineros públicos que se han entregado a la Federación,* haciendo, inclusive, un riguroso inventario de todos los bienes que por haberse adquirido con ellos sean de propiedad nacional velando por el cumplimiento de su finalidad de acuerdo con la ley”. (Resalta la Sala):

“*Lo que significa que el control fiscal no tiene en su ejercicio límites distintos de los bienes de propiedad de la Federación,* para precisar, los cuales es necesario determinar los oficiales a través del inventario mencionado o de otro sistema que arrojó los mismos resultados. *Lo que no se justificaría sería la aplicación del control fiscal a bienes de una entidad privada con el pretexto de que ésta maneja o administra fondos o bienes de propiedad nacional”.* (Resalta la Sala). (Sent. Corte Suprema de Justicia al declarar exequible el art. 5º de la Ley 11 de 1972).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demandante señala como normas quebrantadas los artículos 2º, 16, 20, 30, 60, 63 y 76 numeral 20; 78, numeral 5º de la Constitución Política

SECCION CUARTA

vigente cuando se introdujo la demanda -9 de octubre de 1989-, Ley 66 de 1942, artículos 4º, 5º, 6º y 8º; Decreto-ley 444 de 1967, artículo 227 literal b); Ley 11 de 1972, artículos 3º, 4º y 5º; Ley 20 de 1975, artículo 2º, Código Civil, artículo 669 y la Ley 11 de 1975, artículo 8º.

Se afirma en la demanda que los actos acusados se relacionan con la vigilancia fiscal sobre recursos que provienen, de una parte, de subvenciones ordenadas por la ley en favor de la Federación Nacional de Cafeteros; y de otra, los que resultan de la actividad de comercialización del café. Al desarrollar y concretar el concepto de violación, la demanda, sostiene:

“a) En cuanto a la violación de la Ley 66 de 1942, en sus artículos 5º y 6º del Decreto-ley 444/67, artículo 227, literal b) y 76, 20 y 78, numeral 5º de la Constitución Nacional vigente entonces, que a continuación se sintetiza: Que en el oficio de 30 de noviembre de 1988, posición que ratifica posteriormente el 8 de junio de 1989, en el No. 6, se dice que: ‘La Federación no recibe ninguno de los recursos, que le entrega el Estado a título traslativo de dominio ni a título de donación, ni la Federación puede ejercer frente a ellos los atributos del derecho de propiedad ni usarlos libremente. Esto impide que quepa la figura de la donación mientras una ley de la República no autorice a la Administración del Fondo al efecto. La donación no es presumible según el Código Civil’”.

Argumenta la actora que en desarrollo del artículo 76 No. 10 de la Constitución vigente entonces, el legislador ha determinado que el servicio público lo puede prestar el Estado, directa o indirectamente, en este último caso, mediante contrato, debiendo tener la obligación del contratante particular, las mismas características de la actividad que presta la administración, en cuanto a generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad, conforme al Decreto Legislativo 753 de 1956, quedando sujeto a la vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República, según el artículo 60 No. 4 de la Constitución.

Luego de citar a distintos tratadistas nacionales y extranjeros sobre el carácter jurídico de la subvención, como el argentino Manuel María Díez, que estudia los caracteres jurídicos de la subvención en su libro sobre contratos administrativos, en el que define la subvención como una donación modal que se realiza en el momento de la subvención, siendo la ejecución el modo posterior al otorgamiento, produciéndose el enriquecimiento del subvencionado; coincide con la tesis anterior, la expuesta por el tratadista español Nivas Borrego, que define la subvención como un acto modal, tesis también

coincidente con la conocida en Italia como doctrina Falcone, que califica la subvención como un *modus iures*.

En nuestro derecho, la figura de la subvención está regulada, agrega, en los artículos 76, numeral 20 y 187 numeral 3º de la Constitución Política de 1886, en los cuales se faculta al legislador (art. 76 No. 20) y a las Asambleas Departamentales (art. 187 No. 3º) para fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo, el artículo 78 No. 5 de la C.N. que otorga facultad dispositiva al Congreso sobre el Erario Público para decretar a favor de personas o entidades, gratificaciones, indemnizaciones, pensiones y otras erogaciones si están destinadas a satisfacer créditos originados en obligaciones surgidas de contratos que establecen obligaciones a cargo de la Nación. Alega que las subvenciones tienen como título traslativo de dominio una ley y en razón de su gratuidad, la doctrina ha visto en ellas las características de una donación modal de derecho público, que se otorga a fondo perdido, y que cuando a un particular se le confía la gestión de un servicio público, puede recibir fondos o bienes públicos para aplicarlos a dicho objeto; pero que en el caso de la subvención, los recursos originalmente públicos se transforman en privados, enseguida ingresan al patrimonio de la entidad beneficiaria, por virtud del título traslativo de dominio constituido por la ley cuyo contenido tipifica una donación modal, pero los recursos deben ser utilizados en las actividades propias de la beneficiaria y de manera específica en los que hubiere señalado la ley. Desarrolla los argumentos antes expuestos expresando que el Gobierno de Colombia, con autorización legal, ha celebrado contrato con la Federación Nacional de Cafeteros para la administración del Fondo Nacional del Café, para la preservación y defensa de la industria del café, actividad que ha definido la Corte Suprema de Justicia como de servicio público en sentencia de 14 de octubre de 1970.

En virtud del contrato de administración, la Federación maneja fondos y bienes públicos, afectados al servicio; que conforme a la Ley 11 de 1972 dictada en desarrollo del artículo 60, numeral 4 de la Constitución (de 1886 y sus reformas) la Federación Nacional de Cafeteros rendirá cuentas periódicas a la Contraloría General de la República sobre la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y sobre el destino de los demás bienes oficiales que administre, para su revisión y fenecimiento. La Federación, además, recibe del Estado Colombiano por disposición de la Ley 66 de 1942, artículo 6º y Decreto 444 de 1967 artículo 227 letra b), unas subvenciones para que de acuerdo con sus estatutos cumpla campañas de interés general, como las de sanidad rural a cargo del Comité Nacional de la Federación y de los

SECCION CUARTA

Comités Departamentales en la Dirección Administrativa y Técnica, para el progreso social de las zonas cafeteras y en beneficio de sus afiliados, para concluir diciendo que por ser un estímulo a sus afiliados, esa gestión carece de un elemento básico en la prestación del servicio público, como es el de la igualdad, conforme al artículo 16 de la Constitución Política.

La subvención que recibe la Federación para aplicarla a las campañas de sanidad rural, explicada en la Comisión Parlamentaria que presentó el proyecto de ley, en el sentido de que habrá una campaña con dirección técnica confiada a la Dirección Nacional de la Federación, la que, sin embargo, sería administrada por los Comités Departamentales, fue acogida por la Plenaria del Senado de la República, entrando los recursos que recibe, a un fondo creado por la Federación.

La segunda subvención que recibe la Federación está prevista en el artículo 227, letra b) del D. E. No. 444 de 1967, tiene base constitucional en virtud de la autorización contenida en la Ley 6ª de 1967, por la cual el legislador tomó medidas de diferente naturaleza en el ámbito de la actividad administrativa, para el fin de abocar la política económica (art. 63); el cumplimiento del servicio público (arts. 64 y 227 letra a) y fomento de la actividad cafetera (art. 227, letra b); como compensación a una congelación temporal del precio interno de compra del café, se tomaron medidas coercitivas, como la retención cafetera y otras de estímulo, como las campañas de desarrollo económico y social, emprendidas por la Federación que tenían como objetivos vincular el sector gremial a la finalidad señalada, requiriéndose de medidas de policía económica y de fortalecimiento en la prestación del servicio público de protección y defensa de la industria cafetera y de estímulos a ese gremio, mediante subvención a sus programas económicos y sociales, política que no fue sólo para ese sector de la producción, sino que hizo parte de una más extensa de promoción de exportaciones, para lo cual fue creado Proexpo, para cuyos fines, podía utilizar líneas de crédito, el certificado de abono tributario, facultades que se otorgaron al Ejecutivo para enfrentar la crisis generada por el descenso de los precios del café

Alega que “los ingresos que genera la subvención se transforman de recursos públicos en privados por disposición legal, ya que tienen un carácter no devolutivo” como lo han reconocido las partes en la cláusula decimocuarta del contrato suscrito el 20 de diciembre de 1978, al decir:

“Además de los recursos asignados por la ley a la Federación para adelantar por intermedio de los Comités Departamentales de Cafeteros,

las campañas de sanidad rural y las de progreso social y económica de las zonas cafeteras”.

Continúa su alegato citando la cláusula 7ª párrafo 2º del contrato suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación el 22 de diciembre de 1988, la cual expresa:

“La totalidad de los recursos a que hace referencia el presente párrafo se incorporará al Presupuesto General del Fondo Nacional del Café dentro de sus ingresos corrientes, con destino específico a los programas arriba mencionados. Estos recursos se transferirán, tan pronto se recauden a los Comités Departamentales Cafeteros”.

“Los Comités Departamentales llevarán en su contabilidad una cuenta del balance separada en la cual se refleje el origen y la inversión que se haga de estos recursos. En el evento de que los activos inicialmente adquiridos se transformen en otros, los nuevos activos deben quedar vinculados, en el respectivo Departamento, a los programas a que se refieren las normas legales en que se originan”.

De la anterior cláusula, en la demanda se hace la observación de que hay una transferencia de recursos por la vía del Fondo Nacional del Café a la Federación Nacional de Cafeteros, ya que los Comités Departamentales son unidades operativas de la Federación, por lo cual el registro contable se hace en la contabilidad de ésta, siendo diferente la del Fondo Nacional del Café y la de la entidad que lo administra, por lo que los estados financieros también lo son, y son refrendados los del Fondo Nacional del Café por la Contraloría General de la República.

De la exposición anterior, la actora concluye que el Contralor General de la República en los actos cuya nulidad demanda, infringe normas legales, por interpretación errónea, por cuanto desconoce los efectos de la subvención otorgada por la Ley 66 de 1942, artículos 5º y 6º y Decreto-ley 444 de 1967, artículo 227 ordinal b) y reiterando su afirmación que los recursos públicos se transforman en privados una vez ingresan al patrimonio de la Federación, porque se genera una obligación modal de derecho público, infringiendo los artículos 76 numeral 20 y 78 numeral 5 de la Constitución Nacional vigente entonces, que autorizan la subvención como una donación modal de derecho público y la Ley 66 de 1942, artículos 5º y 6º, y Decreto-ley 444/67, art. 227, ordinal b) que ordena la transferencia del Fondo Nacional del Café a la Federación Nacional de Cafeteros, para que ésta con plena autonomía, realice campañas de sanidad rural y desarrollo social.

SECCION CUARTA

Acusa la violación de la Ley 11 de 1972, artículos 3º, 4º y 5º; Ley 20 de 1975, artículo 2º; Código Civil, artículo 669; Ley 11/67 artículo 8º y de los artículos 2º, 16, 30, 60 y 63 de la Constitución.

Al efecto expresa que el Contralor General de la República en los oficios de 30 de noviembre de 1988 y 8 de junio de 1989, que ratifica al anterior, en el numeral 8º de las conclusiones de ese acto administrativo, afirma que ese despacho se propone ejercer control fiscal sobre la totalidad de la actividad de la Federación en aplicación de la Ley 11/72.

Agrega que la Ley 71 de 1946, reglamentaria del artículo 76, numeral 20 de la Constitución Nacional (se refiere a la del 86 y sus reformas) el artículo 7º le asignó al Gobierno Nacional la vigilancia de la aplicación del aporte estatal, función que mantuvo la Ley 11 de 1976, artículo 8º, la que tiene como fundamento la consideración de que eran recursos privados por estar afectados a una determinada finalidad.

A raíz de la expedición de la Ley 20 de 1975, orgánica de la Contraloría General de la República, que estableció en el artículo 2º una cláusula general de competencia para vigilar las "entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación", "adquirió competencia para vigilar el cumplimiento de la aplicación de la finalidad de la subvención"; pero la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la expresión "a cualquier título", del artículo 2º de la Ley 20 de 1975, en sentencia de 19 de mayo de 1987, por ser demasiado amplia, porque en un estado de derecho las atribuciones de todo funcionario deben estar determinadas; pero la vigilancia de la Contraloría sobre la Federación sólo puede referirse a la gestión fiscal de ésta, más no a la que cumple en desarrollo de sus estatutos. Alega, que como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la expresión "a cualquier título", recobra vigencia el artículo 8º de la Ley 11 de 1967, que le asigna al Gobierno esa vigilancia. Sin embargo, acepta, que el objeto del control fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros, es sobre los fondos y bienes oficiales que la Federación administra en cumplimiento del contrato suscrito con el Gobierno Nacional, conforme a la cláusula 42 del mismo, atribución que no es de la Contraloría por cuanto las funciones de ésta deben estar determinadas en la ley y no contractualmente, por lo cual concluye afirmando que el control fiscal de la Contraloría se ejerce en el momento de captación de los recursos por el Fondo Nacional del Café y concluye con la entrega de éstos a la Federación Nacional de Cafeteros, para la realización de los programas mencionados. La Contraloría pretende ejercer control fiscal sobre dineros que en virtud de la subvención sólo son objeto de vigilancia

administrativa del Gobierno Nacional, violando en consecuencia, los artículos 60 y 63 de la Constitución de 1886 y sus reformas, los cuales determinan que la competencia de la Contraloría se fija exclusivamente por la ley. Se infringen también el artículo 4º de la Ley 11 de 1972 que ordena la fiscalización exclusivamente sobre los fondos y bienes nacionales que administra la Federación; la Ley 20 de 1976 en su artículo 2º; la Ley 11/67 que atribuye la vigilancia al Gobierno Nacional de los recursos provenientes de la subvención a empresas útiles y benéficas; los artículos 30 y 16 de la Constitución vigente cuando se formuló la demanda y 669 del Código Civil que garantiza la propiedad privada.

En una segunda parte de la demanda señala la violación de normas superiores de derecho relativas a la vigilancia sobre las utilidades derivadas de la comercialización interna del café.

Sobre lo anterior, la demanda destaca la pretensión de la Contraloría de ampliar el control fiscal a las utilidades obtenidas en la comercialización interna del café que la Federación compra al Fondo, con sus recursos propios, la que es, afirma, violatoria de las disposiciones legales en la cual se basa, destacando la frase del memorando de la Contraloría que dice: “como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros para el consumo nacional es comprado al Fondo Nacional de Café, que lo ha recibido por retención o por compra de los cafeteros estamos en presencia de figuras que se enmarcan en el concepto de comercialización, y los beneficios de ésta son recursos del Fondo”. En relación con lo anterior, la demanda alega que lo comprado por la Federación al Fondo con sus propios recursos, es de su propiedad, pues ella asume los riesgos relativos a la pérdida en que pueda incurrirse en la comercialización, que no afecta al Fondo; como tampoco son de éste las respectivas utilidades, porque no son recursos públicos, En cambio, cuando la Federación comercializa el Café de propiedad del Fondo, adquirido ya sea por retención a los particulares o por compra a éstos, las utilidades por la comercialización en el exterior, son del Fondo, vale decir, de la Nación, y por lo mismo sometidos a control fiscal.

Que conforme al contrato celebrado entre la Federación y el Gobierno Nacional el 22 de diciembre de 1988, la Federación como administradora del Fondo “podrá con cargo a los recursos del Fondo, comprar y vender libremente café, tanto en el interior como en el exterior del país, y asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de café, suscrito por el Estado, conforme a la cláusula 3ª literal a)”; que según la cláusula 7ª, son ingresos corrientes del Fondo, “los derivados de la venta del café que a

SECCION CUARTA

su nombre realiza la Federación en el interior y en el exterior; que los precios de venta del café de Consumo Nacional del Fondo a la Federación y de ésta a los tostadores, se determina por el Comité Nacional con el voto favorable del Ministro de Hacienda, previa propuesta de la Comisión de Comercialización que está integrada por los Gerentes Generales y Comercial de la Federación y dos miembros del Comité Nacional; que son egresos corrientes del Fondo, los originados en la compra de café, los gastos de operación, comercialización y almacenamiento de café en el interior y en el exterior”, según la cláusula 8ª. Con fundamento en lo anterior, el demandante pone de presente que de ello surgen dos situaciones, a saber: a) la actuación de la Federación como administradora del Fondo, comercializando el café a su nombre y con recursos de éste, y b) la actuación de la Federación en nombre propio, comercializando el café que adquiere por compra al Fondo, pues si así no fuera carecería de sentido que en el contrato se fijaran los mecanismos para la determinación de los precios de venta del café de consumo nacional del Fondo a la Federación. Por ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de octubre de 1970, al resolver el cargo de inexecutableidad contra el artículo 6º de la Ley 41 de 1937, que atribuía a la Superintendencia Bancaria la fiscalización de las “operaciones comerciales de la Federación Nacional de Cafeteros y la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda expresó, que: El artículo 6º de la Ley 41 encarga a la Superintendencia Bancaria la fiscalización de las operaciones comerciales de la Federación y la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda las que dada la generalidad con que se les designa, pueden proceder de fondos públicos o privados, por lo cual las funciones relativas a operaciones mercantiles no son fiscales sino administrativas y en relación con éstas, en modo alguno, pueden ser atribuidas a la Contraloría porque se lo prohíbe el artículo 59 de la Constitución”.

TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue admitida por auto de sala unitaria de 23 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (fls. 157/158) respecto del cual el apoderado judicial de la Nación-Contraloría General de la República, interpuso recursos de reposición para que se revocara el auto admisorio y en su lugar se inadmitiera la demanda. Alegó el apoderado judicial de la Nación, en lo fundamental, que los oficios -cartas-objeto de debate, no son actos administrativos, dado que ellos sólo contienen la posición de la Contraloría General de la República acerca del carácter de los recursos manejados por la Federación y el campo de la acción fiscal de la Contraloría, pues con tales planteamientos no se está implantando el control fiscal ni tales opiniones son

obligatorias, ni constituyen decisión administrativa por cuanto la vigilancia de la gestión fiscal la ejerce la Contraloría por mandato de la Constitución Política y de las Leyes 20 de 1975 y 11 de 1972 y no por los conceptos emitidos.

Como segundo argumento para la revocatoria del auto admisorio, y aceptando que tales actos sean demandables, expuso el de la caducidad de la acción, pues el “escrito en debate”, fue emitido el 30 de noviembre de 1988 y notificado el 6 de diciembre del mismo año, publicado el 16 de diciembre siguiente en el informe financiero de la Contraloría, páginas 32 y 52, y su ejecutoria comenzó el 14 de diciembre de ese año, acto contra el cual no se interpuso recurso alguno, quedando ejecutoriado, por lo cual cualquier pronunciamiento posterior al término de caducidad o cualquier referencia que se haga de dicho acto administrativo, no interrumpe el término de caducidad ni lo revive como erróneamente se pretende con el oficio de 8 de junio de 1989, a partir del cual los apoderados de la Federación establecen el término de caducidad de la acción, sea que se tome como fecha a partir de la cual se notificó (6 de diciembre de 1988) o la del 16 de diciembre del mismo año, fecha en la cual fue publicado, y la de presentación de la demanda (9 de octubre de 1989) cuando la acción había caducado a términos del artículo 26 del Decreto-ley 2304 de octubre 7 de 1989 que fija en cuatro meses el término de caducidad de la acción, por ser una acción de restablecimiento del derecho.

La Federación Nacional de Cafeteros, por conducto de sus apoderados, se opuso a la revocatoria del auto admisorio de la demanda, alegando, en síntesis, que los actos demandados son actos administrativos porque emanan de una autoridad pública y contienen la manifestación de voluntad de la administración en el sentido de someter a control fiscal todos los actos de la Federación Nacional de Cafeteros, incluso los que ejecuta como entidad gremial, con sus propios medios económicos y en desarrollo de sus estatutos.

Por auto de Sala unitaria de 28 de marzo de 1990 (ver folios 176/180), se confirmó el auto recurrido en reposición, fundándose en que el oficio o carta de 8 de junio de 1989 confirma el criterio expuesto en el oficio de 30 de noviembre de 1988, por una parte, y que este acto administrativo no contenía la indicación de los recursos que conforme a la ley procedían contra él, por lo cual quedó abierta la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción, como tampoco contenía esa indicación el oficio de 8 de junio de 1989, pero que habiéndose interpuesto demanda judicial, debía entenderse que la Federación se daba por notificada de ellos por conducta concluyente al presentar la demanda.

SECCION CUARTA

En memorial de 4 de mayo de 1990 (fls. 181 a 187) el apoderado judicial de la Nación-Contraloría General de la República, propuso las excepciones de “falta de jurisdicción”, con fundamento en los artículos 12 y 13 del Decreto-ley 2304 de 7 de octubre de 1989, reformatorio del artículo 82 del C.C.A., que señala el objeto de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y el 83 *ibidem*, sobre extensión del control jurisdiccional, todo para argüir que los actos demandados no son actos administrativos, puesto que ellos solo contienen los planteamientos o la posición de la Contraloría, sobre el carácter de los recursos fiscales que maneja la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora de Fondo Nacional del Café, y el campo de acción de la Contraloría General de la República, con los cuales no está implantando el control fiscal la Federación Nacional de Cafeteros, ni ellos son obligatorios, ya que el control fiscal que la Contraloría ejerce en la Federación, emerge de la Constitución y de la ley, citando jurisprudencias que atribuye a esta Corporación en los que se afirma que un concepto no es obligatorio y al no serlo, no es acto administrativo.

Como segunda excepción presenta la de caducidad de la acción, repitiendo, en lo fundamental, los argumentos expuestos para pedir la revocatoria de los actos administrativos demandados.

El 15 de agosto de 1990, la Contraloría otorgó poder para que la representara en el proceso al doctor Gustavo Humberto Rodríguez, a que se le reconoció personería para actuar en auto de 23 de agosto del mismo año y por auto de 22 de octubre se decretaron pruebas, entre otras, una de inspección judicial con peritos a la contabilidad del Fondo Nacional del Café y a la de la Federación Nacional de Cafeteros con el propósito de establecer si la contabilidad del Fondo Nacional del Café es separada de la de la Federación Nacional de Cafeteros; si las compras de café para consumo interno que hace la Federación al Fondo Nacional del Café, aparece en la contabilidad de éste como un crédito a cargo de la Federación y en la de ésta como un débito a favor del Fondo; que es de cargo de la Federación los gastos que demanda la comercialización que efectúa con sus propios ingresos, todo para demostrar que se trata de una operación comercial ajena a la fiscalización oficial de la Contraloría General de la República.

Tramitado el proceso, en la forma legal se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. El señor apoderado de Federación lo hizo en memorial visible a folios 378 a 409 y el de la Contraloría hizo lo propio en memorial visible a folios 410 a 426, se expondrán en su orden y se resumirán las tesis que defienden.

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA FEDERACION

En primer lugar, se refiere a las excepciones propuestas por el señor apoderado de la Nación, de falta de jurisdicción y caducidad de la acción, expresando respecto de la primera, asentimiento o conformidad con lo expuesto por el consejero sustanciador al resolver el recurso de reposición para que revocara el auto admisorio; e igualmente, en relación con la excepción de caducidad de la acción, que se propuso como motivo fundamental para revocar la citada providencia, se remite a lo dicho en el citado auto.

Y en cuanto a la cuestión de fondo, expresa que las decisiones acusadas del señor Contralor General de la República, se fundamentan en que las normas legales y las estipulaciones del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros el 20 diciembre de 1978, (cláusula catorce), conforme al oficio de 30 noviembre de 1988 y el celebrado el 22 de diciembre de 1988, (cláusulas 7ª y 42) establecen la vigilancia de la Contraloría, en:

a) La inversión y manejo de las utilidades producto de la comercialización interna, así como sobre los valores retenidos a los exportadores por la venta de pasilla que éstos hacen al Fondo Nacional del Café;

b) Inversión y manejo de los recursos que reciben la Federación tanto en la oficina central como por los Comités Departamentales, por concepto de la parte del impuesto *Ad valorem* asignada por el artículo 227 del Decreto-ley 444 de 1967, a las Campañas para el progreso social y económico de las zonas cafeteras, y

c) Inversión y manejo de los recursos asignados por la ley a las campañas de sanidad de las zonas cafeteras que adelanta la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

El actor precisa que la Federación de Cafeteros de Colombia, administra en virtud de autorización legal y contractual, fondos y bienes oficiales, pero también como persona jurídica que es de derecho privado, maneja y gestiona recursos propios que integran su patrimonio, entre los que menciona las cuotas que percibe de sus afiliados; los recursos que ha recibido y percibe como contraprestación por razón del cumplimiento de servicios y administración del Fondo Nacional del Café y los bienes que percibe de sus propias actividades, entre otras, las utilidades originadas en la comercialización del Café por compra que hace al Fondo Nacional del Café con recursos propios; y finalmente, los recursos que a título de transferencia o subvención legal, percibe para ser aplicados en las campañas de sanidad y desarrollo económico

SECCION CUARTA

y social de las zonas cafeteras. Admite que todos los recursos propios de la Federación están destinados por destinación estatutaria y, por mandato legal, a la protección y desarrollo de la industria cafetera, finalidad que no desvirtúa su carácter privado, ni su autonomía administrativa que la Ley 11 de 1972, artículo 5°, garantiza, y por lo mismo el carácter no oficial de sus bienes y recursos propios; por ello, el control fiscal por determinación de la ley, sólo se ejerce sobre los bienes y recursos públicos que la Federación administra, por lo cual es necesario determinar el ámbito de la vigilancia fiscal; alega que la Ley 11 de 1972, precisó los límites que deben ser observados por la Contraloría General de la República, así:

a) El artículo 3° de la Ley 11 de 1972, dice de manera expresa que la vigilancia fiscal se contrae a la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y demás fondos y bienes oficiales que administre;

b) La ley impone a la Federación la obligación de rendir cuentas periódicas a la Contraloría General de la República (art. 4°);

c) La Contraloría debe adoptar sistemas apropiados para ejercer la vigilancia fiscal, dada la naturaleza de las actividades que ejerce la Federación, que no menoscaben su autonomía administrativa (art 5°), precisiones que hallan respaldo en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de octubre de 1977, que en la demanda se transcriben. Tales precisiones se refieren al carácter privado de la Federación conforme a sus estatutos, que establecen su ausencia de ánimo de lucro; su vinculación contractual en el manejo de dineros públicos para la defensa de la industria cafetera; y su patrimonio propio, todo lo cual significa que el control fiscal en su ejercicio, sólo está limitado por los bienes propios de la Federación como persona de derecho privado sin ánimo de lucro que es.

Al desarrollar en el citado alegato la acusación sobre violación de la Ley 66 de 1942, artículos 5° y 6°; Decreto-ley 444 de 1967, artículo 227, ordinal b), el actor expone que la Federación Nacional de Cafeteros recibe del Estado Colombiano, unas subvenciones para que de acuerdo con sus estatutos [art. 2°, letras p) r) y rr)] cumpla actividades de interés general, como la campaña de sanidad rural de la zona cafetera, a cargo de la Federación y de los Comités Departamentales, que se cumple a través de la Dirección Administrativa y Técnica para el progreso socio-económico de la zona cafetera y en beneficio de sus afiliados, de acuerdo con la Ley 66/42 Art. 7°, letra a), recursos que entran a un fondo creado por la Federación que se nutre de sus recursos propios y de la subvenciones que reciben del Estado en virtud de los acuerdos 4 de 1941, Resolución No. 2 de 1943; Acuerdo 5° de 1944, Resoluciones 11

de 1945, y 9ª de 1957 de la Federación Nacional de Cafeteros, el cual maneja autónomamente sin participación de ninguna entidad estatal; en cambio, sí están sometidos a control el contenido de las obligaciones surgidas de las Leyes 41 de 1973, artículo 4º; Ley 48 de 1937, artículo 4º y Ley 11 de 1972 artículo 2º, que recogen los contratos suscritos entre la Federación y el Gobierno Nacional que tienen por objeto la defensa de la industria cafetera, recursos que la Federación administra y están sometidos a control fiscal.

Reitera el argumento según el cual los ingresos que genera la subvención se transforman de recursos públicos en privados, por tener un carácter no devolutivo (arts. 76. de la C.N. de 1886 numeral 20 y 78 numeral 5º de la Carta Política vigente) al expedirse los actos acusados y los recursos asignados por la ley a la Federación y los Comités Departamentales.

Alega que el carácter de donación modal que tienen los recursos provenientes de la Ley 66 de 1942 y del Decreto-ley 444/67, art. 227 ordinal b) fué ratificado por la Ley 9ª de 1991 en su parágrafo del artículo 20, al decir que el patrimonio que se forme con los recursos del literal a) serían propiedad de los Comités Departamentales y Municipales de Cafeteros, quedando el patrimonio así constituido vinculado a los fines previstos en el literal a) de ese artículo, por cuanto establece el mismo destino para programas de desarrollo económico y social de las zonas cafeteras que sustituyó el impuesto *ad valorem* a las exportaciones que establecían los artículos 226 y 227 del Decreto 444/67, y el de ripio y pasilla, a que se refieren los artículos 5º y 6º de la Ley 66 de 1942, de acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 19 de la Ley 9ª de 1991.

Al desconocer los actos acusados, los efectos de la subvención otorgada por la Ley 66/42, artículos 5º y 6º; Decreto 444/67, artículo 227 ordinal b) con fundamento en el artículo 76 numeral 20 de la Constitución vigente entonces, que genera una donación modal de derecho público, los recursos de la subvención originariamente públicos, se transforman en privados una vez ingresan al patrimonio de la Federación en virtud de título traslativo de dominio constituido en la ley; en consecuencia, al desconocer los actos acusados los efectos de la donación modal de derecho público, violan los artículos 76 numeral 20 y 78, numeral 5º de la Constitución que autoriza la subvención como donación modal.

Expresa que el control fiscal de la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de la Ley 66/42, artículo 5º y del Decreto 444/67, artículo 227 letra b) se ejercen en el momento de la Captación por el Fondo

SECCION CUARTA

Nacional del Café y concluyen con la entrega a la Federación Nacional de Cafeteros para la realización de los programas ejecutados por la entidad gremial; y, agrega, que no obstante el carácter privado de los recursos provenientes de la subvención, el contrato de administración suscrito en 1988 entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros para el manejo del Fondo Nacional del Café dispone en el artículo 42 que “el control se extenderá a las partidas que con destinación específica son ejecutados por los Comités Departamentales de Cafeteros”, y que esa cláusula contractual no genera competencia a la Contraloría para vigilar los recursos de la subvención, puesto que conforme a la Constitución la competencia debe tener origen en la Constitución y en la ley y por lo mismo, ella no puede atribuirse en virtud de una cláusula contractual.

En el Capítulo IV del memorial que contiene el alegato de conclusión, el actor se refiere a la violación de normas superiores de derecho en relación con la vigilancia sobre las utilidades de la “comercialización del café en el interior del país, tema que desarrolla transcribiendo los apartes pertinentes del oficio de 30 de noviembre de 1988 y de 8 de junio de 1989 y las normas de nuevo contrato.

El memorialista afirma que la decisión de la Contraloría General de la República de extender el control fiscal a las utilidades obtenidas por la Federación en la comercialización interna del café, es claramente violatoria de las disposiciones en que dice basarse y contraría a las disposiciones constitucionales y legales cuya violación se acusa en la demanda, al expresar equivocadamente que como el café lo compra la Federación al Fondo, las utilidades generadas en la comercialización del mismo, deben reputarse como recursos del Fondo que acrecientan el erario público. El criterio anterior lo refuta el señor apoderado de la actora diciendo que como la Federación en ejercicio de su personería jurídica y con recursos propios, compra café al Fondo Nacional del Café, es obvio que se opera una traslación patrimonial, por lo que ni el café adquirido ni el beneficio que se obtenga de su comercialización, asumiendo la Federación todos los riesgos de tal operación, pueden considerarse como recursos públicos. Situación diferente -agrega-, es la que se configura dentro del marco contractual vigente, cuando la Federación comercializa café de propiedad del Estado, que acrece las existencias del Fondo Nacional del Café, sea en cumplimiento de la retención cafetera, o por compra a los particulares, actuando como administradora mediante -contrato- del Fondo Nacional del Café, supuesto que corresponde a la comercialización en el exterior, las utilidades o beneficios son del Fondo y no pierden su

condición originaria de recursos públicos y por lo mismo sometidos a control fiscal.

Continúa expresando en el alegato de conclusión el actor, que en armonía con el artículo 3° de la Ley 11 de 1972 y en relación con la comercialización del café, el contrato vigente celebrado el 22 de diciembre de 1988 determina que la Federación como administradora del Fondo, podrá con cargo a los recursos del Fondo, “adquirir y vender libremente café tanto en el interior como en el exterior del país, y asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos por el Estado, conforme a la cláusula tercera; que son ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café”. *Los derivados de la venta de café que a su nombre realiza la Federación en el interior y en el exterior del país, según la cláusula 7ª; que los precios de venta de café de consumo nacional, del Fondo a la Federación y de ésta a los tostadores, se determinan por el Comité Nacional con el voto favorable del Ministro de Hacienda, previo pronunciamiento de la Comisión de Comercialización; que son egresos corrientes del Fondo, “los originados en la compra de café, los gastos de operación, comercialización y almacenamiento del café en el interior y en el exterior” (cláusula 8ª); y que los enunciados anteriores ponen de presente que en el contrato prevé dos situaciones, a saber:*

a) La actuación de la Federación como administradora del Fondo comercializando el café a nombre de éste, y con recursos pertenecientes al mismo, y

b) La actuación de la Federación en nombre propio, comercializando el café que adquiere por compra que hace de las existencias del Fondo; y que si así no fuera, carecería de sentido la determinación en el contrato de los mecanismos para fijar los precios de venta del café para consumo nacional del Fondo a la Federación.

Cita en apoyo de su tesis, la sentencia de 14 de octubre de 1970, la que refiriéndose al cargo de inconstitucionalidad esgrimido contra el artículo 6º de la Ley 41 de 1937, que atribuía a la Superintendencia Bancaria la Fiscalización de las operaciones comerciales de la Federación Nacional de Cafeteros y la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda, dijo:

“El artículo 6º de la Ley 41 encarga a la Superintendencia Bancaria la fiscalización de ‘las operaciones comerciales de la Federación Nacional de Cafeteros y la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda’, cantidades éstas que dada la generalidad con que se les designa, pueden proceder de fondos públicos o tener fuentes privadas”.

SECCION CUARTA

“Es claro que tales funciones, referentes a operaciones mercantiles no son fiscales sino administrativas y que en manera alguna pueden desempeñarlas la Contraloría General, porque se lo prohíbe el inciso 2º del artículo 59 de la Carta, a cuyas voces, ‘la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización’”.

Finalmente el alegato concluye afirmando que se ha demostrado que el señor Contralor General de la República al expedir los actos acusados violó normas de carácter superior.

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA DEFENSA:

Luego de sintetizar el objeto de la demanda, reitera las excepciones de falta de jurisdicción y caducidad de la acción, respecto de las cuales, expresa:

“a) Falta de jurisdicción. La Nación -Contraloría General de la República, por conducto de su apoderado especial, dice que ‘los oficios-cartas-demandados son apenas conceptos acerca del contrato que no contienen decisiones, pues éstas se expresan mediante resoluciones y los conceptos que sientan una opinión sobre normas vigentes, como el artículo 59 de la Constitución Nacional anterior, las Leyes 20 de 1975, 11 de 1972 y las resoluciones orgánicas de la Contraloría; por tanto, los actos objeto de demanda no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, y por lo mismo no son objeto de conocimiento del contencioso administrativo. Se remite al escrito de excepciones en el que se hace énfasis en que el control fiscal de la Contraloría no está gobernado por cartas como las acusadas’, sino por el manual de Auditoría No. 8 para la Federación Nacional de Cafeteros y por las Resoluciones 0011565 de abril 9 y 011801 de diciembre 18 de 1988, actos administrativos que regulan tal fiscalización, e igualmente la cláusula 3ª del contrato vigente suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación, los que son susceptibles de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que han debido demandarse y no las cartas acusadas del Contralor, por lo cual con acierto se dijo al proponer la excepción que el fallo sería inocuo pues, que con él no se suspendería ni extendería el control fiscal que se ejerce sobre la Federación Nacional de Cafeteros; y agrega que en el supuesto hipotético que se anularan esas cartas, subsistiría el control fiscal de la Contraloría por disposición de las Leyes 11 de 1972, 20 de 1975 y de las resoluciones orgánicas de la Contraloría, como por disposición de la cláusula primera del contrato suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros, que fue publicado en el Diario Oficial 38868 de 22 de junio

de 1989 y elevado a escritura pública, en el cual se pactó que ‘la vigilancia fiscal del Fondo Nacional del Café corresponde a la Contraloría General de la República’. Además, en la cláusula 42 del mismo contrato se pactó que ‘En los términos de la Ley 11 de 1972, la Contraloría General de la República ejercerá sus funciones de acuerdo a un régimen especial de vigilancia fiscal sobre los recursos del Fondo Nacional del Café que administra la Federación’.

Agrega que doctrinariamente esas cartas no tienen la calidad de “actos administrativos”, y explica su posición diciendo que en las cartas se afirma que los recursos dados a la Federación por el Estado no lo son a título traslativo de dominio ni de donación, y que la Contraloría debe exigir rendición de cuentas por el impuesto *ad valorem* y de pasilla para campañas de sanidad y de desarrollo social en las zonas cafeteras, según el mandato de la Ley 11 de 1972, por lo que no constituyen actos decisorios, y la decisión es elemento esencial para que el acto sea administrativo, y que las decisiones están contenidas en normas legales y contractuales, de todo cual concluye solicitando decisión inhibitoria.

CADUCIDAD DE LA ACCION

La excepción se propuso “aceptando en gracia de discusión que las cartas demandadas son actos administrativos”. Ella se propuso diciendo que la carta u oficio demandado de 30 de noviembre de 1988, comunicado el 6 de diciembre siguiente y publicado el 14 de diciembre de 1988 en el informe financiero de la Contraloría, quedó ejecutoriado ese día 14 y contra él no se interpuso recurso alguno; por tanto, los 4 meses de que disponía la Federación para que ese oficio pudiera demandarse vencieron el 14 de abril de 1988 y la demanda se presentó el 9 de octubre de 1989, cuando la acción había caducado. Agrega que como se relata en el punto 7 de la demanda, el 20 de abril de 1989 el Gerente de la Federación dirigió al Contralor General de la República la Carta GG 0233, “reviviendo el tema del control fiscal sobre la Federación con la inocultable pretensión de revivir la acción”, y al responder el Contralor repitió sus comentarios dados en la carta de 30 de noviembre de 1988, en nueva carta enviada el 8 de junio de 1989, en la que manifiesta que la Contraloría continuará fiscalizando bajo los parámetros de las Leyes 11 de 1972, 20 de 1975 y las cláusulas contractuales, en especial la 7ª y la 42, en las cuales se definen tanto los recursos que se incorporan al Fondo Nacional del Café y su destinación, como la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los fondos administrados o invertidos tanto por la Federación como por los

SECCION CUARTA

Comités Departamentales, respuesta que sirvió a la Federación para revivir la acción artificialmente.

Alega que las "comunicaciones" fueron eliminadas como elemento para contar la fecha a partir de la cual se cuenta la caducidad, tal como aparece en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo fueron suprimidas en la reforma que de este artículo se hizo en el Decreto 2304 de 1989.

EN CUANTO A LA CUESTION DE FONDO Y VIGILANCIA FISCAL SOBRE LA FEDERACION

En relación con la cuestión de fondo, relativa a la vigilancia fiscal sobre la Federación, el señor apoderado de la Nación-Contraloría General de la República expone que en el capítulo sobre los fundamentos de derecho de la demanda, el actor se apoya en doctrinas foráneas para desvirtuar la apreciación contenida en las cartas acusadas, según la cual los dineros fiscalizados no son de propiedad de la Federación ni constituyen donaciones, para concluir que son subvenciones a los que identifica con las donaciones, transcribiendo el aparte de la demanda en la que se afirma que en el caso de la subvención, los dineros originalmente públicos, se transforman en privados, opinión que estima errónea, expresando al efecto que los recursos públicos al ser recibidos por una entidad privada, no se transforman en privados, lo que no puede ser cierto, puesto que por conservar su carácter de públicos y por su destinación específica al desarrollo económico y social, que es función estatal, la ley exige el control fiscal sobre tales recursos y su inversión y que la entidad privada que recibe los recursos es sólo una administradora de los mismos.

Y, en cuanto a que la ley autoriza subvenciones a título traslativo de dominio, tipificándose una donación modal, expresa que la entidad privada que recibe la subvención o auxilio, no adquiere la propiedad de los recursos, pues no asume los atributos de la propiedad de uso, goce y disposición que el propietario tiene por disposición del artículo 669 del Código Civil, ni siquiera la nuda propiedad, pues la Federación recibe los recursos sobre la base de que su destino es la comunidad; no puede disponer de ellos libremente, y por ello el control fiscal al cual está sometida. Refuta la afirmación de la demanda en el sentido de que la Federación recibe esos fondos a título de donación, porque ésta se rige por normas civiles, siendo por ello impropio hablar de donación de derecho público; según los términos del artículo 1443 del C.C. en la donación entre vivos, se produce la transferencia de dominio en forma gratuita e irrevocable y en el caso de que se trata, la subvención es revocable mediante una ley y no transfiere la propiedad, amén de que la donación no se presume,

sino que requiere manifestación expresa, la que no se ha dado en este caso y según el artículo 1445 del C.C., sólo puede donar quien tiene la libre disposición de sus bienes y el Fondo Nacional del Café, no la tiene, pues carece de personería jurídica.

Crítica la apreciación de la demanda en el sentido de afirmar que al recibir la subvención una entidad privada, no ejerce funciones administrativas en su manejo, diciendo que el artículo 82 del C.C.A., autoriza el ejercicio de funciones administrativas por parte de entidades privadas y la administración de fondos oficiales por parte de una entidad privada con destinación específica a la ejecución de programas de desarrollo económico y social, es función administrativa que por delegación de la administración ejecuta, ya que la atención de tales programas es función administrativa. Y como el mercado del café es básico para la economía Colombiana su comercialización ha adquirido el carácter de servicio público. Alega que no hay lugar a sostener que sobre las subvenciones que recibe la Federación sólo exista una vigilancia administrativa de parte del Gobierno Nacional.

En relación con la fiscalización sobre la comercialización interna del grano que la Federación compra al Fondo Nacional del Café, cita la cláusula 3ª del contrato celebrado el 15 de mayo de 1979, en la que aparecen discriminados los recursos del Fondo, entre otros en el literal d) "Las utilidades en las operaciones de comercialización del Café", y en el e) los rendimientos de sus inversiones, para concluir que todos son recursos tributarios. Que el Fondo es una cuenta oficial cuyos recursos provienen de impuestos y de los rendimientos de sus operaciones e inversiones que administra la Federación, a quien el Estado delegó el ejercicio de funciones públicas en una materia que es un servicio público. A continuación transcribe el artículo 28 de la Ley 20 de 1975, conforme al cual, la Contraloría General de la República con sujeción a lo dispuesto en la Ley 11 de 1972, ejercerá la vigilancia fiscal sobre la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café" la cual se repite en la Ley 11/72, y se encuentra vigente.

Alega que el acto de inspección judicial y el dictamen pericial rendido con tal ocasión en nada demeritan el argumento expuesto en cuanto al control fiscal de la gestión de la Federación. Precisa que el hecho de que la Federación y el Fondo tengan contabilidades separadas y estados financieros independientes, se explica contablemente por ser la Federación una entidad privada y el Fondo Nacional del Café una cuenta oficial que la primera administra. Termina solicitando sentencia inhibitoria.

SECCION CUARTA

El Ministerio Público, representado por el Fiscal Sexto no presentó alegato de conclusión.

SE CONSIDERA:

Ante todo la Sala se pronunciará en relación con las excepciones propuestas de incompetencia de jurisdicción fundada en la consideración de que los oficios demandados no son actos administrativos y la de caducidad. Se examinarán en su orden:

a) Se demanda la nulidad de los numerales 6º y 8º del oficio de 30 de noviembre de 1988, suscrito por el señor Contralor General de la República, doctor Rodolfo González García (fls. 4/23) emitido en respuesta a los oficios GG 0595 y GG 647 de 16 de septiembre de 1988 y 11 de octubre del mismo año, dirigidos por el doctor Hernán Uribe Arango, Gerente General encargado de la Federación Nacional de Cafeteros, al doctor Ernesto Robayo Orozco, Auditor General de la Contraloría en la Federación Nacional de Cafeteros. Igualmente se demanda que se decrete la nulidad de la expresión “y los beneficios de ésta son recursos del Fondo”, contenida en el aparte Fiscalización de los beneficios de ésta.

Como ya se indicó el oficio de 30 de noviembre se produjo en respuesta a los planteamientos contenidos en los oficios GG 595 y GG 647 dirigidos por el doctor Hernán Uribe Arango, Gerente encargado de la Federación al doctor Ernesto Robayo Orozco, Auditor General de la Contraloría en la Federación.

En ese oficio de 30 de noviembre de 1988, en respuesta a la posición de la Federación sobre la determinación de la Contraloría de extender el control fiscal a todos los ámbitos de la actividad de la Federación, luego de hacer referencia a los conceptos emitidos por eminentes abogados sobre el particular, expresa:

“Por su parte la Contraloría General de la República, previos los estudios de rigor, se permite fijar a continuación su posición sobre el mismo particular en los siguientes términos”.

“Planteamiento de Problema (sic)”.

“El punto a examinar, con arreglo a los principios y métodos de la ciencia jurídica, se contrae a precisar hasta dónde puede llegar la fiscalización de la Contraloría General de la República sobre la parte del impuesto Cafetero destinada por el Estatuto Cambiario a las campañas que la Federación Nacional de Cafeteros debe ejecutar a través de los Comités Departamentales”.

“Así mismo, hasta dónde puede extenderse la función contralora, en relación con los cuatros pesos (\$4.00) por cada saco, que la Federación debe retener por la compra de cada saco de pasilla a los particulares con dinero del Fondo Nacional del Café, para atender la campaña de sanidad rural cuya dirección técnica está a cargo del Comité Nacional, en cumplimiento de la Ley 66 de 1942, así como sobre las utilidades obtenidas en la comercialización interna del café. Para despejar estos puntos, es necesario explorar la siguiente temática; Carácter de la Federación Nacional de Cafeteros; contratación entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros, naturaleza jurídica de la relación Federación-Fondo, linaje de los bienes pertenecientes al Fondo Nacional del Café, régimen del control fiscal aplicable a la Federación como administradora del Fondo, filosofía del control fiscal, alcance de la función contralora, consideraciones sobre el contrato de donación. otros planteamiento de los estudios de la Federación y conclusiones”.

La comunicación parcialmente transcrita u oficio de 30 de noviembre de 1988, es un acto administrativo por cuanto emana de una autoridad pública, como es la Contraloría General de la República, con competencia para expedirlo, tiene carácter obligatorio para la Federación Nacional de Cafeteros, y produce los efectos jurídicos buscados con su expedición; como acto administrativo, es objeto del control que ejerce esta jurisdicción.

Así las cosas, procede negarse la primera excepción relativa a la incompetencia de la jurisdicción.

CADUCIDAD DE LA ACCION:

Decidido que los actos que se demandan son administrativos, éstos debieron indicar los recursos que contra ellos procedían y los términos dentro de los cuales debían interponerse, por la afectada, por tratarse de actos particulares y concretos; y como tal indicación no se contiene en el oficio de 30 de noviembre de 1988 y tampoco en el de 8 de junio de 1989, también suscrito por el señor Contralor General de la República doctor Rodolfo González García, se concluye que cuando se presentó la demanda el 9 de octubre de 1989 (V. fl. 156) no había caducado la acción, precisamente por la falta de indicación de los recursos y el término para interponerlos, cuya consecuencia es que no había caducado la acción de restablecimiento. Por tanto, es el caso de negar la segunda excepción.

Y, en cuanto a la cuestión de fondo, se hacen las siguientes consideraciones:

SECCION CUARTA

La actora ha insistido a través del proceso en que los dineros que ella recibe proveniente del Fondo Nacional del Café lo son, título de donación modal, que enseguida ingresan a ella, se trasforman de recursos públicos en privados y que por ello, el control fiscal sólo debe ejercerse en el traslado de tales dineros del Fondo a la Federación.

La sala, no comparte esa opinión. En efecto, los dineros que la Federación Nacional de Cafeteros pertenecientes al Fondo Nacional del Café, recibe, son esencialmente, productos de impuestos nacionales, es decir, dineros del erario público, destinados a una finalidad concreta, como lo es la satisfacción de necesidades públicas, que normalmente deben cumplir las agencias del Estado. Es por ello, que están destinados a un fin público concreto y por lo mismo, no puede escapar la Federación Nacional de Cafeteros al control fiscal que ejerce en virtud de la Constitución, la ley y el contrato, la Contraloría General de la República. Si se entendiera que tales dineros los recibe la Federación a título de donación, tendría que declararlo así la ley, pues la donación no se presume y menos de dineros públicos. Además, el Fondo no podría hacer tal declaración, porque carece de personería, ya que es sólo una cuenta del tesoro público y el legislador tampoco lo ha declarado así. Tampoco se entendería que por disposición contractual a la Contraloría General de la República le compete fiscalizar la inversión. Además, tampoco cabría la figura de la donación modal frente a las disposiciones de los artículos 267 y 355 de la Constitución Política actual.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es una asociación gremial de derecho privado, integrada por los productores de café de todo el país con personería reconocida por la Resolución No. 33 de septiembre 2 de 1927 y sin ánimo de lucro, que tiene por objeto conforme a sus estatutos, la defensa de la industria cafetera colombiana (art. 3°).

En tal virtud y de conformidad con las leyes y en cumplimiento de éstas, ha venido celebrando contratos con el Gobierno Nacional de duración de diez cada uno para la administración del Fondo Nacional del Café, que es una cuenta del Tesoro Público destinada permanentemente a la defensa, protección y fomento de la industria cafetera Colombiana, cuya administración el Gobierno contrata con la Federación en los términos del presente instrumento, de conformidad con las normas legales existentes para este propósito; (cláusula 1ª del contrato vigente) agregando en el segundo inciso de esta cláusula primera del contrato celebrado el 22 de diciembre de 1998, que: "La vigilancia Fiscal del Fondo Nacional del Café corresponde a la Contraloría General de la República.

En la cláusula 2ª del contrato se señalan los objetivos del mismo, como son, entre otros, intervenir el mercado cafetero nacional y del extranjero con el fin de promover el consumo de café Colombiano, regular su oferta, y buscar un régimen estable de precios internos, adecuado a los requerimientos de la industria cafetera nacional”, “mediante el ordenamiento de la comercialización interna y externa y la retención de los excedentes no exportables”; contribuir mediante la utilización de sus recursos al cumplimiento de los pactos internacionales que en materia de café suscriba el Estado; promover y financiar programas de investigación científica, extensión, diversificación, educación, salud, cooperativismo, bienestar social y demás que contribuyan al desarrollo, fortalecimiento y defensa de la industria cafetera colombiana y al equilibrio social y económico de la población radicada en zonas cafeteras.

Como administradora del Fondo, la Federación Nacional de Cafeteros, puede, conforme a la cláusula tercera del contrato vigente, adquirir y vender libremente café, tanto en el interior como en el exterior del país, asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de café suscritos por el Estado; participar en lonjas de café y promover la creación de instrumentos que faciliten el comercio del café colombiano. Mantener en consignación o en depósito en el exterior, según la reglamentación que dicte la autoridad monetaria, con la obligación de reintegrar su valor al Banco de la República en el momento en que reciba las divisas correspondientes; atender con el producto de las exportaciones, los gastos en moneda extranjera y los pagos de obligaciones externas incluidas en el presupuesto, los cuales están sometidos a la aprobación previa de la autoridad monetaria, de acuerdo con las normas legales vigentes; abrir previa aprobación y fijación de sus términos por la autoridad monetaria, créditos en el exterior para la adquisición de café colombiano y exportar el café que se adquiere utilizando tales créditos, con la obligación de entregar el valor en divisas extranjeras al Banco de la República al vencimiento de los créditos; celebrar operaciones de venta en divisas extranjeras que no sean de libre convertibilidad, con sujeción a las normas cambiarias; crear, adquirir, promover o apoyar empresas complementarias de la industria del café, o efectuar inversiones en las mismas; almacenar el café que adquiere, procurando su conservación; procurar la renovación de las existencias de café que por sus condiciones no sean susceptibles de almacenamiento prolongado, realizar actividades de fomento y diversificación cafetera.

Conforme a la cláusula 7ª del contrato vigente, relativa a los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, éstos son los siguientes: Los derivados de la venta de café, que, a su nombre, realiza la Federación en el

SECCION CUARTA

interior y en el exterior del país; la remuneración por servicios que preste el Fondo; los originados, en impuestos y contribuciones y los provenientes del rendimiento de las distintas inversiones, incluyendo las financieras; y, según el párrafo 1º de esta cláusula, “Los recursos de que trata el literal b) del artículo 227 del Decreto-ley 444 de 1967, se incorporarán al presupuesto general del Fondo Nacional del Café dentro de sus ingresos corrientes, con destino a los programas previstos en dicha norma”; tales recursos son, “el producto en moneda legal de la parte del impuesto cafetero que corresponde al Fondo Nacional del Café (art. 227 Decreto-ley 444/67) el cual según el artículo anterior del mismo decreto, el impuesto representado por la existencia de un cambio diferencial para la compra de los giros provenientes de las exportaciones, se transforma en un impuesto del 26% *ad valorem*, sobre el producto en moneda extranjera de dichas exportaciones”, debiendo expedir el Banco de la República certificados de cambio por el equivalente a cuatro (4) puntos del impuesto, y llevar los 22 puntos restantes a las reservas internacionales acreditándose simultáneamente la cuenta especial de cambio por su valor en moneda legal.

Dispone la cláusula 7ª, igualmente, que “además de los recursos del Fondo Nacional del Café que con destinación específica la ley asigna a campañas de sanidad rural (art. 3º Ley 128/41, arts. 5º y 6º Ley 66 de 1942), y las de progreso social y económico de las zonas cafeteras (art. 227 Decreto-ley 444/67) administrados por la Federación a través de los Comités Departamentales, se dará igual destinación a las utilidades originadas en la venta de otros tipos de café para consumo nacional, manteniéndose su manejo a través de los comités y limitándose su monto a partir de 1989, a los niveles reales observados en 1988” y agrega a continuación: “los precios del café de consumo nacional, del Fondo y de la Federación y de la Federación a los tostadores, *se determinarán de acuerdo con los procedimientos* determinados en la cláusula decimoséptima”. (Resaltado de la Sala).

La cláusula 7ª del contrato sobre ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, en el inciso 3º del párrafo 2º, expresa:

“...La totalidad de los recursos a que hace referencia el presente párrafo, se incorporará al presupuesto general del Fondo Nacional del Café dentro de sus ingresos corrientes, con destino específico a los programas arriba mencionados. Estos recursos se transferirán, tan pronto se recauden, a los Comités Departamentales de Cafeteros”.

“Los Comités Departamentales llevarán en su contabilidad una cuenta del balance separada en la cual se refleje el origen y la inversión que se haga

de estos recursos. En el evento de que los activos inicialmente adquiridos se transformen en otros, los mismos activos deben quedar vinculados en el respectivo Departamento, a los programas a que se refieren las normas legales en que se originan”.

“El control fiscal de estos recursos lo realizará la Contraloría General de la República”.

La cláusula decimoséptima a la cual se remite el párrafo 2º de la cláusula 7ª parcialmente transcrita, es relativa a la comercialización interna y expresa textualmente:

“Créase una comisión de comercialización conformada por los Gerentes Generales y Comercial de la Federación y dos de los miembros gremiales del Comité Nacional de Cafeteros. Los asesores del Gobierno no asistirán a las reuniones de la comisión”.

“Esta comisión presentará al Comité Nacional, anualmente o cuando fuere necesario un documento sobre políticas de comercialización interna en el cual se señalarán los procedimientos para determinar los precios de venta del café en el interior, las tarifas y comisiones que por concepto de comercialización se paguen con los recursos del Fondo, así como por los servicios de compra, venta, almacenamiento, despacho, inspección, etc”. (Resalta la Sala).

Lo expuesto permite concluir a la Sala que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, asociación gremial de los Caficultores, realiza a partir de 1940 y en virtud de contratos de prestación de servicios con la Nación que se han venido renovando desde entonces cada diez años, actividades que corresponden a las agencias del Estado, como quiera que la Nación le ha encargado la defensa de la industria cafetera, el desarrollo económico y social de las zonas del país dedicadas a la caficultura, la promoción en el exterior del consumo del café, el cumplimiento de los contratos suscritos por el Gobierno Nacional en relación con los compromisos que éste contraiga con otros gobiernos extranjeros, entre otras; y siendo ello así, no solo por disposición legal, sino contractual, la Contraloría General de la República tiene competencia para vigilar y exigir el cumplimiento de las normas fiscales, por lo que no puede quedar excluida la Federación del control fiscal que ejecuta la Contraloría de conformidad con el artículo 59 de la Constitución de 1886, a cuyos términos: “La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República”; igualmente el artículo 267 de la Constitución Política de 1991 sobre el particular dice: “El control fiscal es una

SECCION CUARTA

función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación". (Resalta la Sala). (Por Leyes 20/75 y 11 de 1972). Pero es obvio que el límite de dicho control se encuentra cuando la Federación como persona jurídica de derecho privado y con sus propios recursos compra café al Fondo en las condiciones de precios fijados de modo general por el Comité de Comercialización, para consumo interno, asumiendo todos los riesgos del negocio, tal como lo puede hacer cualquier persona natural o jurídica, que lo adquiriera en similares condiciones para el mismo fin o para la exportación. Y es sobre tal actividad que no puede haber control fiscal. Lo anterior por cuanto la Federación también recibe contribuciones de todos los caficultores que son afiliados forzosos de la Federación, entre otras actividades, y los emolumentos que recibe por remuneración por la administración del Fondo, que realiza como persona jurídica de derecho privado. No ocurre lo mismo con la comercialización del gramo en el exterior o en el interior, porque esta actividad la ejerce la Federación en cumplimiento de la ley y del contrato como administradora del Fondo Nacional del Café. Ahora bien, si la Federación compra café al Fondo para su comercialización interna, pero no con sus propios recursos, sino con los del Fondo, es claro que tales rendimientos están sometidos al control fiscal por parte de la Contraloría. Y, no es difícil establecer tal circunstancia por cuanto la Federación y el Fondo llevan cuentas separadas, es decir, que cada uno tiene su propia contabilidad. Al respecto los peritos expresan:

"Dejamos anotados, no obstante, que en el presupuesto de Ingresos y Egresos del Fondo Nacional del Café correspondiente a la vigencia de 1987, aparece como *ingresos*, por venta de café, materia prima para consumo interno, la suma de \$4.257.000.000.00 y a su turno en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, por la misma vigencia 1987 dentro del presupuesto aparece igual partida \$4.257.000.000.00, dentro de sus *egresos* para costo consumo interno- materia prima como lo dijimos anteriormente, esta comprobación se efectuó al muestreo, con presupuestos por la vigencia de 1987".

"De lo anterior se deduce que el egreso, o salida de café materia prima para consumo interno, que por concepto de venta ha efectuado el Fondo Nacional del Café a la Federación Nacional de Cafeteros, se ha contabilizado en el Fondo como ingreso por ventas que se ha reflejado en el momento de la operación contablemente en el

rubro 'Cuenta por Cobrar' a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, y que a su turno, en la contabilidad de la Federación las mismas cantidades y operaciones han aparecido contabilizadas en 'Cuentas por pagar', a favor del Fondo Nacional del Café".

Los peritos acompañan a su dictamen los balances y estados de rendimientos económicos de 1985, balances y estados de ingresos y egresos de 1987-1989 del Fondo Nacional del Café y balance y estados de rendimientos 1985-1987, 1989 de la Federación Nacional de Cafeteros tomados de sus libros.

El dictamen no fue objetado por las partes ni pedido tampoco aclaración del mismo y los honorarios fueron cubiertos por la actora oportunamente.

Sintetizando se tiene:

1. Los dineros públicos que la Federación Nacional de Cafeteros administra por cuenta del Fondo Nacional del Café, tienen destinación específica a fines determinados no los recibe a título de donación, porque respecto de ellos no puede ejercer los atributos del derecho de propiedad.

2. Es atribución de la Contraloría General de la Nación conforme la Constitución y la ley, ejercer el control fiscal sobre los bienes y rentas de la Nación y sobre los bienes o rentas fiscales que administren los particulares, conforme a la parte final del primer inciso de la Constitución vigente; en consecuencia la Federación Nacional de Cafeteros, en cuanto administre bienes y rentas oficiales, está sujeta a dicho control fiscal;

3. Los ingresos que transfiere el Fondo Nacional del Café, y que son de su propiedad, a la Federación Nacional de Cafeteros siguen perteneciendo a éste, por cuanto tienen destinaciones especiales a fin de atender necesidades colectivas de la región cafetera; por tanto, no son bienes ni rentas privadas, puesto que la Federación lo que hace es administrar impuestos, en este caso denominados contribuciones parafiscales.

4. Sin embargo, siendo como es la Federación Nacional de Cafeteros, una entidad gremial de derecho privado, recibe emolumentos en virtud de tal condición, como son los aportes de sus afiliados y la remuneración que percibe como administradora del Fondo Nacional del Café y demás actividades que realiza por o para sus afiliados, o para el manejo y la administración de las reservas prestacionales constituidas para atender a sus propios empleados, sobre las cuales, no puede haber control fiscal;

SECCION CUARTA

5. No es difícil establecer los ingresos del Fondo Nacional del Café que administra la Federación Nacional de Cafeteros, de los suyos propios, por tener contabilidad separada.

6. Considera la Sala pertinente aquí, para evitar confusiones, señalar que a partir de la vigencia de la Ley 9ª de enero 17 de 1991, es decir con posterioridad a la admisión de la demanda presentada por la Federación Nacional de Cafeteros, cesó la compra de café para su procesamiento y comercialización interna por parte de la Federación Nacional de Cafeteros al Fondo Nacional del Café.

Se operó este cambio en el sistema de comercialización por cuanto, por una parte, en la práctica se puso fin a la política de vender café para consumo interno a precios subsidiados, y por otra parte porque las utilidades que hacía la Federación se destinaban, como ya se ha dicho a los Comités Departamentales para la realización de sus programas de beneficios para las comunidades cafeteras. En la actualidad la mayor parte del café para consumo interno es suministrado por particulares y el resto proviene de café de propiedad del Fondo Nacional del Café.

Los fondos que se obtenían por las utilidades generadas en la comercialización que efectuaba la Federación Nacional de Cafeteros han sido reemplazados por las transferencias de que trata el artículo 20 de la Ley 9ª de 1991 y el cual ordena al Fondo Nacional del Café que parte de los recursos de la denominada "contribución cafetera" se destinen así:

a) Durante los años 1991 Y 1992, el equivalente al dos punto siete por ciento (2.7%), del valor del reintegro se destinará a los comités departamentales de la Federación Nacional de Cafeteros para los programas de desarrollo social y económico de las zonas cafeteras, de fomento y apoyo al cooperativismo, de mejoramiento de las condiciones de la población campesina en zonas cafeteras, directamente o a través de convenios con las entidades territoriales, cuando lo permita la naturaleza de los programas. A partir de 1993, la participación de los comités regionales se incrementará al tres punto siete por ciento (3.7%).

7. Los ingresos que la Federación Nacional de Cafeteros ha obtenido de utilidad generada de la operación de comercialización interna del café, mediante la compra con sus propios recursos de la materia prima-café pergamino al Fondo Nacional del Café y asumiendo los costos y riesgos correspondientes, son de propiedad de dicha Federación y no están

sujetos a la comercialización, tanto externa como interna, que realice dicha Federación a nombre del Fondo Nacional del Café.

Conforme a lo expuesto, sólo procede anular la frase: *y los beneficios de ésta son recursos del Fondo*, contenida en la parte final del oficio de 30 de noviembre de 1988, cuyo texto completo expresa:

“De otra parte como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros, es comprado al Fondo Nacional del Café, que lo ha recibido por retención o por compra a los cafeteros, estamos en presencia de figuras que se deben enmarcar en el concepto de comercialización; y los beneficios de ésta son recursos del Fondo”.
(Resalta la Sala).

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

FALLA:

1. Niéganse las excepciones.

2. Anúlase la frase: *y los beneficios de ésta son recursos del Fondo*” contenida en la frase final del oficio de 30 de noviembre de 1988, conforme se ha expresado en la parte motiva.

3. Niéganse las restantes súplicas de la demanda.

4. Sin costas.

Cópiese, notifíquese y archívese. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Jaime Abella Zárate*, Salva el voto; *Guillermo Chahín Lizcano*, Salva voto; *Consuelo Sarria Olcos*, con aclaración de voto; *Gilberto Arango Londoño*, conjuez.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA - Objeto / SENTENCIA INHIBITORIA (Salvamento de Voto)

Estimo que ha debido dársele prosperidad a las excepciones que propuso la Contraloría General de la República, especialmente a la denominada de "falta de jurisdicción" ya que los oficios demandados son apenas conceptos u opiniones del Contralor que no contienen decisiones y que por lo tanto no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos y consecuentemente no pueden constituir objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como en las discusiones en Sala sostuve dicho criterio, el cual de haber contado con la mayoría de votos habría generado una sentencia inhibitoria, debo apartarme del criterio mayoritario que apreció como actos administrativos susceptibles de demanda lo que apenas en mi sentir son opiniones que no constituyen objeto demandable.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR
GUILLERMO CHAINLIZCANO**

Ref.: Expediente número 2687.

Actora: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Consejero Ponente: Dr. *Carmelo Martínez Conn.*

Me permito en forma sintética manifestar las razones por las cuales no comparto la sentencia que se produjo en el presente asunto:

Básicamente estimo que ha debido dársele prosperidad a las excepciones que propuso la Contraloría General de la República al momento de contestar la demanda, especialmente a la denominada de "falta de jurisdicción". Esta excepción se hizo consistir en que los oficios demandados son apenas conceptos u opiniones del contralor que no contienen decisiones y que por

tanto no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos y consecuentemente no pueden constituir objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como en las discusiones en Sala sostuve dicho criterio, el cual, de haber contado con la mayoría de los votos, habría generado una sentencia inhibitoria, debo apartarme del criterio mayoritario que apreció como actos administrativos susceptibles de demanda lo que apenas en mi sentir son opiniones que no constituyen objeto demandable y cuya aplicación requeriría la instrumentación mediante actos del Contralor o de sus agentes.

Atentamente,

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha, *ut supra.*

ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia (Salvamento de Voto)

Considero que los oficios de la demanda no constituyen verdaderos actos administrativos, pues si bien es cierto que emanan de una autoridad como es el señor Contralor General de la República, en tal ocasión éste se limitó a consignar conceptos relativos a la interpretación de las leyes que regulan sus funciones de control, comparadas con algunas cláusulas específicas del contrato celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Gobierno Nacional. Los conceptos consignados en los oficios como los que fueron impugnados, podrían tomarse como manifestaciones unilaterales con relación a la interpretación del contrato que los vincula y llegar a ser motivo de la acción revisora de dicho contrato como la contemplada en el artículo 87 del C.C.A. pero en ningún caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR
JAIME ABELLA ZARATE**

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número 2687.

Sentencia del 5 de marzo de 1993.

Actora: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros, consigno brevemente las razones que motivaron la salvedad de voto a la anterior sentencia.

Considero, al igual que mi compañero el doctor Chahín, que los oficios objeto de la demanda no constituyen verdaderos actos administrativos, pues si bien es cierto que emanan de una autoridad como es el señor Contralor

General de la República, en tal ocasión éste se limitó a consignar conceptos relativos a la interpretación de las leyes que regulan sus funciones de control, comparadas con algunas cláusulas específicas del contrato celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Gobierno Nacional, tales como la cláusula 3ª sobre lo que entiende la Contraloría como operaciones que puede efectuar la federación como administradora del fondo y sobre las cuales puede recaer su gestión controladora, distintas desde luego, de las operaciones celebradas con sus propios recursos.

A mi modo de ver, la forma normal de producir la Contraloría actos administrativos propios de su gestión, radica en la expedición de actos de carácter general como el Manual de Auditoría número 8 que señala las pautas generales a sus funcionarios, áreas de inspección, integración y manejo de las distintas cuentas, etc., y los actos particulares y concretos que lleguen a producir sus funcionarios a raíz de la revisión de un período determinado o de un aspecto concreto, mediante actas que aprueban o glosan las cuentas revisadas. Mediante éstos, se concreta la voluntad del contralor con relación a un aspecto determinado, con un efecto jurídico igualmente determinado y del cual se derivan todas las consecuencias legales que el contralor puede desarrollar para que, inclusive judicialmente, tengan fuerza coercitiva sus decisiones frente a la entidad vigilada o al funcionario público, que se revela contra sus determinaciones así adoptadas.

Pero, los conceptos consignados en los oficios como los que fueron impugnados, podrían tomarse como manifestaciones unilaterales con relación a la interpretación del contrato que los vincula y llegar a ser motivo de la acción revisora de dicho contrato como la contemplada en el artículo 87 del C.C.A. pero, en ningún caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85 que fue la entablada y tramitada.

La prueba de esta última apreciación es que, de no haber sido por la finalización que puso la Ley 9ª de 1991 al sistema que dio origen a la controversia, aun después de esta sentencia podría estar discutiéndose con relación a la comercialización del café comprado al Fondo y si “los beneficios de ésta son recursos del Fondo”, puesto que la sentencia se limitó simplemente a “anular” esta expresión, pero no accedió a las demás pretensiones de la demanda que se referían precisamente a definir la competencia de la Contraloría en este aspecto del contrato.

En consecuencia, no obstante la anulación decretada en el fallo podría continuar la discusión alrededor de la interpretación que le pueden dar las partes contratantes a las cláusulas 3ª, 7ª y otras del contrato. O sea, que

SECCION CUARTA

aunque la acción dijo ser de nulidad y restablecimiento del derecho resolvió solamente sobre la mitad de lo pedido, sin atreverse a definir el problema de las competencias, tema que quedó insoluto, precisamente por el defecto inicial de acusar los actos que no eran los propios por medio de los cuales ejerce formalmente la Contraloría su función de control fiscal.

Jaime Abella Zárate.

Santafé de Bogotá, D.C., marzo 30 de 1993.

ACTO ADMINISTRATIVO/ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA/ CONTROL FISCAL (Aclaración de voto)

Del texto de los oficios demandados, se tiene que evidentemente constituyen actos administrativos, que pueden ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que:

- 1. En ellos hay una manifestación de voluntad; la decisión de realizar el control fiscal de la Federación, de acuerdo con la interpretación que se hace de las normas aplicables.*
- 2. Dicha decisión fue tomada por la autoridad, con fundamento en normas de la Constitución y la ley, que ella misma invoca como base legal de la misma.*
- 3. La manifestación de voluntad contenida en los oficios demandados produce efectos en derecho, toda vez que éstos tienen el carácter de obligatorios para su destinatario: la Federación Nacional de Cafeteros.*
- 4. Como actos administrativos que son pueden hacerse cumplir a través de los mecanismos coercitivos con que cuenta la Contraloría General.*

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Improcedencia/ ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS/ CONTROL FISCAL (Aclaración de voto)

Es cierto que existe una relación contractual entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros y que allí se acogen las disposiciones constitucionales y legales sobre control fiscal, pero no es jurídicamente posible que actos administrativos proferidos unilateralmente por la Contraloría General de la República puedan controvertirse a través de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo para las partes de un contrato, porque el Contralor no tiene ningún contrato con la Federación Nacional de Cafeteros, ni es parte del que ésta tiene celebrado con el Gobierno Nacional. Por

SECCION CUARTA

ello, la acción ejercida por la Federación Nacional de Cafeteros fue la correcta al escoger la de nulidad y restablecimiento del derecho.

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

Consejera Ponente: Dra. *Consuelo Sarria Olcos.*

Consejero Ponente: Dr. *Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente 2687.

Actor: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

En este proceso fueron demandados los siguientes apartes del oficio de 30 de noviembre de 1988 dirigido por el Contralor General de la República al Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros:

“...

“6. La federación no recibe ninguno de los recursos que le entrega el Estado a título traslativo de dominio, ni a título de donación; ni la Federación puede ejercer frente a ellos los atributos del derecho de propiedad ni usarlos libremente. Esto impide que quepa la figura de la donación mientras una ley de la República no autorice a la administradora del Fondo al efecto. La donación no es presumible según el Código Civil.

“8. La Contraloría tiene la obligación de solicitar información y en concreto rendición de cuenta, pues, sobre la parte que recibe la Federación en virtud del impuesto *ad valorem* y del impuesto de pasillas para campañas de sanidad rural, y para campañas de progreso social y económico de las zonas cafeteras. No basta conocer las instrucciones que dé la Federación para ello, sino que debe verificarse efectivamente esa destinación; en aplicación de la Ley 11 de 1972 que ordena a la Federación rendir cuentas a la Contraloría para su revisión y fenecimiento”.

Y las expresiones que se subrayan del siguiente párrafo:

“De otra parte como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros para consumo nacional es comprado al Fondo Nacional del Café, que lo ha recibido por retención o por compra a los cafeteros, estamos en presencia de figuras que se enmarcan en el concepto de comercialización y *los beneficios de ésta son recursos del Fondo*”.

Igualmente se solicitó la nulidad del oficio del 8 de junio de 1989, confirmatorio del anterior.

De conformidad con lo establecido a través del proceso, dichos actos se originaron en el cuestionamiento hecho por el Auditor General ante la Federación de Cafeteros respecto del cumplimiento de obligaciones que, a su juicio, tiene la Federación, en virtud de la ley y el contrato vigente celebrado con el Gobierno Nacional.

Además de los apartes demandados y transcritos, en dichos oficios se lee:

“... ”

“Es criterio de la Contraloría General, que los conceptos allí contenidos no invalidan lo expuesto en las comunicaciones remitidas a ustedes el 30 de noviembre pasado. De igual forma es entendido que el contrato suscrito por el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros en diciembre de 1988, tuvo su etapa de discusión para llegar al acuerdo contractual y constituirse por ende en la ley para las partes. Por lo tanto la Contraloría General *continuará fiscalizando* bajo los parámetros de la Ley 11 de 1972, la Ley 20 de 1975 y las cláusulas contractuales en especial la 7ª y la 42, en las cuales se definen tanto los recursos que se incorporan al Fondo Nacional de Café y su destinación, como la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los dineros y fondos oficiales administrados o invertidos tanto por la Federación como por los comités departamentales. El texto señalado es de una claridad tan meridiana que no permite interpretación distinta a lo allí pactado (se resalta).

“Como consecuencia de lo anterior esperamos obtener de esa gerencia la máxima colaboración para desarrollar de una manera oportuna y eficaz el control fiscal establecido legal y contractualmente.

“... ”

Del texto completo de los citados oficios y en especial de los apartes transcritos, se tiene que evidentemente constituyen actos administrativos, que pueden ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto:

SECCION CUARTA

1. En ellos hay una manifestación de voluntad: la decisión de realizar el control fiscal de la Federación, de acuerdo con la interpretación que se hace de las normas aplicables.

2. Dicha decisión fue tomada por la autoridad competente, con fundamento en normas de la Constitución y la ley, que ella misma invoca como base legal de la misma.

3. La manifestación de voluntad contenida en los oficios demandados produce efectos en derecho, toda vez que éstos tienen el carácter de obligatorios para su destinatario: la Federación Nacional de Cafeteros.

4. Como actos administrativos que son pueden hacerse cumplir a través de mecanismos coercitivos con que cuenta la Contraloría General de la República.

Los anteriores aspectos constituyen los elementos propios de los actos administrativos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, precisados en múltiples definiciones que no son del caso transcribir en esta oportunidad.

— No es válida la afirmación de que la forma normal de producir la Contraloría actos administrativos propios de su gestión radica en la expedición de actos de carácter general como el Manual de Auditoría número 8 y los actos particulares que profieran sus funcionarios a raíz de la revisión de un período determinado o de un aspecto concreto, mediante actas que aprueban o glosan las cuentas revisadas, ya que la Contraloría General de la República como autoridad pública ejerce las funciones que le asigna la Constitución y la ley, no solo a través de Manuales de Auditoría y de aprobación o glosa de cuentas, sino que esa función fiscalizadora si bien recoge las dos formas anteriores, puede también concretarse en resoluciones, conceptos, circulares y otras decisiones dentro del ámbito de su competencia, que si reúnen los elementos necesarios ya citados constituyen verdaderos actos administrativos.

Y como actos administrativos que son, son demandables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según se pretenda solamente su anulación o como en el caso de autos su anulación y el restablecimiento del derecho vulnerado.

Es cierto que existe una relación contractual entre el Gobierno Nacional y la Federación de Cafeteros y que allí se acogen las disposiciones constitucionales y legales sobre control fiscal, pero no es jurídicamente posible que actos administrativos proferidos *unilateralmente* por la Contraloría General

de la República puedan controvertirse a través de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo para las partes de un contrato, porque el Contralor no tiene ningún contrato con la Federación Nacional de Cafeteros, ni es parte del que ésta tiene celebrado con el Gobierno Nacional.

Por ello, la acción ejercida por la Federación Nacional de Cafeteros fue la correcta al escoger la de nulidad y restablecimiento del derecho, para establecer la legalidad o ilegalidad de actos administrativos proferidos por el Contralor General de la República y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Por otra parte, la sentencia objeto de la presente aclaración de voto en su parte considerativa dijo:

“...Pero es obvio que el límite de dicho control se encuentra cuando la Federación como persona jurídica de derecho privado y con sus propios recursos compra café al Fondo en las condiciones de precios fijados de modo general por el Comité de Comercialización, para consumo interno, asumiendo todos los riesgos del negocio, tal como lo puede hacer cualquier persona natural o jurídica, que lo adquiera en similares condiciones para el mismo fin o para la exportación. *Yes sobre tal actividad que no puede haber control fiscal.* Lo anterior por cuanto la Federación también recibe contribuciones de todos los caficultores que son afiliados forzosos de la Federación, entre otras actividades, y los emolumentos que recibe por remuneración por la administración del Fondo, que realiza como persona jurídica de derecho privado. No ocurre lo mismo con la comercialización del grano en el exterior o en el interior, porque esta actividad la ejerce la Federación en cumplimiento de la ley y del contrato como administradora del Fondo Nacional del Café. Ahora bien, si la Federación compra café al Fondo para su comercialización interna, pero no con sus propios recursos, sino con los del Fondo, es claro que tales rendimientos están sometidos al control fiscal por parte de la Contraloría. Y, no es difícil establecer tal circunstancia por cuanto la Federación y el Fondo llevan cuentas separadas, es decir que cada uno tiene su propia contabilidad”. (Se resalta).

Y más adelante afirma:

“...Sin embargo, siendo como es la Federación Nacional de Cafeteros, una entidad gremial de derecho privado, recibe emolumentos en virtud de tal condición, como son los aportes de sus afiliados y la remuneración que

SECCION CUARTA

percibe como administradora del Fondo Nacional del Café y demás actividades que realiza por o para sus afiliados, o para el manejo y la administración de las reservas prestacionales constituidas para atender a sus propios empleados, *sobre los cuales no puede haber control fiscal*; (se resalta).

“5º. No es difícil establecer los ingresos del Fondo Nacional del Café que administra la Federación Nacional de Cafeteros, de los suyos propios, por tener contabilidad separada”.

De acuerdo con los apartes transcritos, y por considerar que los fondos originados en la comercialización interna del café, que hace la Federación Nacional de Cafeteros, con sus propios recursos no pertenecen al Fondo Nacional del Café y por lo tanto no son fondos públicos, declaró la nulidad de la frase “...y los beneficios de ésta son recursos del Fondo...”, lo que necesariamente indica que las utilidades obtenidas por comercialización de café comprado al fondo por la Federación con sus propios recursos, no son del Fondo Nacional del Café y por lo tanto *no están sujetos al control fiscal de la Contraloría General de la República*, tal como se precisó en el aparte transcrito de la parte considerativa.

Por lo expuesto estuve de acuerdo con la posición mayoritaria aunque, con las aclaraciones precisadas, que fueron planteadas a través de la discusión del proyecto presentado a consideración de la Sala.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha, *ut supra*.

ACTO COMERCIAL / ACTIVIDAD COMERCIAL/ SOCIEDAD INVERSIONISTA / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Si bien es cierto el artículo 20 del Código de Comercio, al cual remite el artículo 8º del Acuerdo 21 de 1983, señala como acto mercantil, la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, no es menos cierto que debe hacerse diferenciación entre acto comercial y actividad comercial y no debe perderse de vista que quienes ejercen la actividad comercial realmente son las sociedades de las cuales hace parte el demandante, pues son ellas las que desarrollan diferentes actos de comercio y las que, en consecuencia, en un momento dado están obligadas al pago del impuesto de industria y comercio y avisos, en favor del Distrito Capital, por ejercer dicha actividad comercial dentro de su territorio. Así mismo, serían ellas la encargadas de pagar el citado impuesto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 5 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos

Ref.: Radicación 4344. Apelación sentencia de 3 de julio de 1992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria y comercio por los años gravables de 1983, 1984, 1985 y 1986.

Actora: Proma Ltda. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Distrito Capital, contra la sentencia de 3 de julio de 1992 que acogió las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCION CUARTA

contra la Resolución de Aforo número 690 de 19 de agosto de 1988 del Director Distrital de Impuestos de Bogotá, y la Resolución número 053 de 10 de marzo de 1989 de la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.

ANTECEDENTES

Mediante la Resolución número 690 de 19 de agosto de 1988, la Directora Distrital de Impuestos de Bogotá ordenó el registro de la sociedad actora como contribuyente de industria, comercio y avisos a partir del 1º de enero de 1983, y procedió en consecuencia a calcular el impuesto debido por los años 1983, 1984, 1985 y 1986, con sus correspondientes funciones por aforo.

La resolución se fundamentó en los hechos establecidos a través de la visita practicada el 25 de marzo de 1988 por la Dirección Distrital de Impuestos a la sociedad actora y mediante la revisión de libros de contabilidad mayor y balances, diario, y las declaraciones de renta de los años 1982, 1983, 1984, 1985 y 1986.

Con base en lo anterior, la Dirección Distrital de Impuestos estableció que la sociedad Proma Ltda. "obtuvo ingresos, en desarrollo de las siguientes actividades gravables: dividendos recibidos, participación en sociedades, ingresos por liquidación de sociedades e intereses..." (fl. 21), y de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, procedió a realizar la liquidación de aforo de los impuestos de industria, comercio y avisos.

Recurrido en apelación este acto administrativo, fue confirmado íntegramente por medio de la Resolución número 053 del 10 de marzo de 1989, expedida por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

La sociedad actora considera vulneradas las siguientes normas: artículos 1º, 8º y 16-2 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá y 20 del Código de Comercio.

El concepto de la violación se sintetiza así:

La sociedad actora desarrolla la actividad de inversionista, razón por la cual sus ingresos están constituidos por dividendos, participaciones y venta de activos fijos que no pueden considerarse como actos industriales, comerciales, de servicios ni financieros.

El artículo 1º del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá estableció que en el impuesto de industria, comercio y avisos, el hecho generador está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en jurisdicción de Bogotá, en forma permanente u ocasional, un inmueble determinado, con establecimientos de comercio o sin ellos.

Teniendo en cuenta que la actividad de la actora se concreta “en la obtención de dividendos en su mayor parte y algunas pocas participaciones...” (fl. 6), se deduce que no realiza ninguna de las actividades industriales, comerciales ni de servicios, previstos en los artículos 7º, 8º y 9º del Acuerdo 21 de 1983.

En relación con las actividades definidas como comerciales por el Código de Comercio (artículo 20-5), el apoderado de la actora indicó que:

- Durante los años objeto del aforo (1983 a 1986) la sociedad Proma Ltda., no intervino como asociado en la constitución de ninguna de las sociedades de las que recibió participaciones y/o dividendos.

- “En ninguno de los actos administrativos se ha dicho que la sociedad haya recibido en los años aforados algún ingreso por ‘administración’ de alguna de las sociedades de las cuales recibe dividendos o participaciones (...) tampoco fue establecido que la sociedad hubiera percibido ingresos o utilidades por negociación o venta de aportes, cuotas o acciones” (fl. 10).

Concluyó afirmando que el hecho de ser accionista o socio y como tal recibir dividendos y participaciones, no transforma a una persona en comerciante y por lo tanto, no puede considerarse a la actora como sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos.

LA OPOSICION

La apoderado judicial de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demandante argumentado que de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Acuerdo 21 de 1983; lo que se grava es el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad de carácter industrial, comercial o de servicios en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá y que como dentro del objeto social de la sociedad actora está el ser inversionista, surge que la percepción de dividendos, participaciones, ingresos por liquidación de sociedades y demás intereses recibidos implica la realización de actos que hacen parte de la base gravable, tal como lo determinó la Administración Distrital en la liquidación acusada.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las peticiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

Con fundamento en la providencia del Consejo de Estado de 26 de julio de 1991, expediente 3165, Consejera ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos, el Tribunal concluyó que “la sociedad Proma Limitada, por el mero hecho de haber sido accionista en sociedades y haber percibido dividendos, no ha ejercido una actividad económica susceptible de ser gravada con el impuesto de industria y comercio, por lo cual los actos acusados han de ser anulados” (fl. 167).

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada de la entidad demandada interpuesto oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y la sustentó así:

Del análisis del objeto social de la actora y de los antecedentes administrativos, se deduce que la sociedad Proma Ltda., obtuvo ingresos, consistentes en dividendos y participaciones que hacen parte del giro ordinario de sus negocios. La actividad de inversionista, que desarrolla la actora, constituye un hecho generador del impuesto de industria, comercio y avisos.

Dentro de las deducciones previstas por el artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983 no se encuentra la actividad desarrollada por la actora, razón por la cual los ingresos obtenidos por ella en ejercicio de tal actividad, forman parte de la base gravable a que se refiere el artículo 15 *ib*.

Finalmente indicó que como la sociedad actora no observó lo establecido por el artículo 72 del Acuerdo 21 de 1983 en relación con la demostración de la veracidad de los datos contenidos en su declaración privada, no puede accederse a sus peticiones.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la sociedad actora se opone a la prosperidad del recurso de apelación argumentando que:

La sociedad actora no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio debido a que no ejerce actividad comercial, pues la simple suscripción de acciones en sociedades mercantiles no constituye actividad susceptible de ser gravada. No puede pretenderse que la sociedad y los accionistas tributen por una misma actividad sin que ello no implique una doble imposición económica.

Que la actividad de la actora no aparezca dentro de las deducciones previstas por el artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983, no significa que esté gravada, ya que dentro de las deducciones sólo aparecen los ingresos que el Acuerdo 21/83 excluyó de la base gravable, de los sujetos pasivos del impuesto. La sociedad actora desarrolla la actividad de inversionista que no fue incluida por el artículo 1º *ib.* como hecho generador del impuesto y por lo tanto, no es sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos.

Finalmente y en contra de lo expuesto por la apoderada de la demandada al sustentar el recurso de apelación, alegó que "...como la sociedad no presentó declaración, no está obligada a probar o demostrar nada. Claramente se ve que la señora apoderada del Distrito está confundida, pues la determinación de los impuestos de Proma ocurrieron (sic) por una liquidación de aforo y no por una declaración privada" (fl. 183).

La apoderada de la entidad demandada dentro de esta oportunidad procesal, repite los argumentos planteados al sustentar el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia.

La señora Procuradora Sexta Delegada en lo contencioso ante esta Corporación, considera que la sentencia apelada merece ser confirmada.

La sociedad actora no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio y avisos, ya que la suscripción de acciones en sociedades mercantiles no constituye una actividad comercial susceptible de ser gravada.

Afirma que quienes realmente ejercen las actividades comerciales son las sociedades de las cuales hace parte la actora y por lo tanto son aquellas las que están obligadas al pago del referido impuesto.

Concluye alegando que no puede exigírsele a cada uno de los accionistas el pago del impuesto de industria y comercio y avisos, ya que ello implicaría una doble imposición económica que desconoce el principio de la equidad tributaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Encuentra la Sala que para resolver la controversia planteada se debe determinar si la sociedad actora es o no sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, en cuanto realice o no actividades de naturaleza comercial, y por lo tanto si está o no obligada a tributar por dicho concepto.

La Administración Distrital en la vía gubernativa y en la contenciosa sostuvo que la sociedad actora realizó la actividad de inversionista en

SECCION CUARTA

sociedades mercantiles y obtuvo ingresos por liquidación de sociedades e intereses, durante los períodos gravables de 1983, 1984, 1985 y 1986, siendo por ello sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, al considerar dichas actividades como comerciales.

El artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y el Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital, se refieren a las actividades comerciales, industriales y de servicio como generadoras de impuesto de industria y comercio, y éstas corresponden a las señaladas en el artículo 20 del Código de Comercio.

El artículo 20 numeral 5º del Código de Comercio define como actos mercantiles “la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones...”.

Al respecto la Sala comparte lo afirmado por el Ministerio Público cuando expresa:

“...si bien es cierto el artículo 20 del Código de Comercio, al cual remite el artículo 8º del Acuerdo 21 de 1983, señala como acto mercantil, la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, no es menos cierto que debe hacerse diferenciación entre acto comercial y actividad comercial y no debe perderse de vista que quienes ejercen la actividad comercial realmente son las sociedades de las cuales hace parte el demandante, pues son ellas las que desarrollan diferentes actos de comercio y las que, en consecuencia, en un momento dado están obligadas al pago del impuesto de industria, comercio y avisos, en favor del Distrito Capital, por ejercer dicha actividad comercial dentro de su territorio. Así mismo serían ellas las encargadas de pagar el citado impuesto de acuerdo con la base gravable establecida por las disposiciones municipales y por lo tanto mal puede exigírsele a cada uno de los accionistas el pago del impuesto a que nos hemos venido refiriendo, pues ello implicaría una doble imposición económica, que riñe con el principio de equidad tributaria.

“En el caso estudiado, la única actuación de la demandante fue poseer aportes y suscribir acciones en diferentes compañías, pero quienes realizan efectivamente la actividad comercial y en consecuencia están obligados al pago del tributo son estas últimas”.

De acuerdo con lo anterior, no se puede considerar a la sociedad actora como sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por el sólo hecho de poseer acciones y obtener dividendos en diversas sociedades.

En este sentido se ha pronunciado la Sala en las providencias de 26 de julio de 1991, expediente 3165, consejera ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos; 21 de agosto de 1992, expediente 3412, consejero ponente, doctor Jaime Abella Zárate, 25 de septiembre de 1992, expediente 4209, consejero ponente, doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Por lo anterior, y acogiendo lo expuesto por el Tribunal y la delegada del Ministerio Público, es claro que la Administración Distrital se equivocó al calificar la actividad de la actora como mercantil y sujeta al impuesto de industria y comercio, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada que anuló los actos administrativos que así lo declararon.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sección Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY / ERROR ARITMETICO / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El Acuerdo 2 de febrero 8 de 1985 que adicionó el artículo 23 del Acuerdo 21 de 1983 para agregar un código adicional de actividad con tarifa específica, rige según postulado del artículo 4º a partir de la fecha de su sanción, por lo que no puede pensarse de ninguna manera que tenía efectos retroactivos con el fin de aplicarlo a los hechos económicos ocurridos antes de su vigencia y menos aún para aplicarlo a un período fiscal ya fenecido. Así mismo no obstante el contribuyente encasilló su actividad en el Código 309 y aplicó la tarifa del 2 a la base correctamente declarada no por equivocación en una operación matemática sino en razón de haber dado aplicación anticipada a una norma, hecho que realmente no corresponde a un error aritmético.

RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

En materia tributaria la ley solo puede regir hacia el futuro, pues la obligación de pagar el impuesto nace cuando ocurren los hechos previstos en la ley como generadores del tributo, y a él deben aplicarse los efectos económicos, base y tarifas que la misma ley establece. No obstante hasta antes de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, atendiendo precisamente a la circunstancia de que el hecho generador del tributo se configura sucesivamente a través de un período impositivo, permitió entonces aplicar algunas leyes tributarias, promulgadas en el curso e incluso al final del período gravable a todo el ejercicio fiscal, admitiendo así la figura de la retrospectividad de la ley en materia tributaria. Pero a raíz de la expedición de la Constitución Nacional de 1991 y en virtud de lo dispuesto por el artículo 338 desapareció definitivamente del ordenamiento jurídico dicho fenómeno.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta . - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente número 4136.

Actor: Caracol Televisión S. A.

NIT. 60.025.674

Apelación de la sentencia del 19 de diciembre de 1991. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal.

Industria y comercio año 1984 vigencia 1985. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada contra la sentencia del 19 de diciembre de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la sociedad Caracol Televisión S. A. NIT. 60.025.674, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración Distrital de Impuestos le liquidó el impuesto de industria y comercio para el año de 1984, vigencia de 1985.

ANTECEDENTES:

La sociedad contribuyente presentó la declaración del impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1984 ante el Distrito Especial de Bogotá el 12 de abril de 1985, la que fue radicada con el número 067252 y en la que registró. Por ingresos brutos por concepto de ventas de su actividad de servicios de publicidad en Bogotá, la cifra de \$1.098.504.352, para un promedio mensual de \$91.542.029, sobre el que aplicó una tarifa del 2x 1000, según código de actividad 309 señalado en el Acuerdo número 2 de 1985 expedido el 15 de febrero del mismo año, acondicionando para el efecto el renglón 04 del formulario oficial con un código 309 que todavía no existía.

El 27 de febrero de 1987 la Dirección de Impuestos Distritales practicó la liquidación oficial número 840076, para modificar la liquidación privada del impuesto con el fin de aplicar a la base gravable declarada, la tarifa del 4x 1000 correspondiente a la actividad 238 y no la del 2 x 1000 aplicada por la

SECCION CUARTA

sociedad, determinó en consecuencia una diferencia mensual a favor de la tesorería por valor de \$183.084, para un total anual de impuesto de industria y comercio de \$2.526.559, con explicación sumaria de ajuste por error aritmético.

Notificada la actora, el día 31 de marzo de 1987 interpuso recurso de apelación contra la liquidación oficial, alegando su nulidad por incumplimiento del numeral 1º y el parágrafo del Acuerdo 21 de 1983, y subsidiariamente el derecho a la tarifa del 2 x 1000 y no del 4 x 1000, para la actividad desarrollada.

Mediante Resolución 659 del 3 de agosto de 1987, la entidad administrativa resolvió la reposición confirmando la liquidación practicada. Providencia contra la cual la contribuyente interpuso el recurso de apelación, que fue resuelto por la Resolución 515 del 11 de diciembre de 1987, confirmando el acto administrativo de liquidación apelado, el que se notificó por edicto desfijado el 9 de febrero de 1988.

LA DEMANDA

Acudió la contribuyente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, acusando al acto administrativo de incurrir en violación de los artículos 47 y 80 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, 23 código de actividad 308 del Acuerdo 21 de 1983, por aplicación indebida y 3º código 309 y 4º del Acuerdo número 2 de 1985, por falta de aplicación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda declarando la nulidad de los actos acusados y la firmeza de la liquidación privada contenida en la declaración presentada por la sociedad, considerando que la liquidación oficial violó de manera ostensible el artículo 47 numeral 10 y parágrafo del Acuerdo 21 de 1983, toda vez que no libró requerimiento previo a la liquidación oficial no obstante que no existió error aritmético.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada al apelar la sentencia afirma que la liquidación oficial no fue violatoria del mencionado artículo 47 numeral 10 del Acuerdo 21 de 1983, porque ante el evidente error cometido por el contribuyente en su declaración, al aplicar un código de actividad

diferente al que le correspondía, la administración para corregirlo optó por acudir al procedimiento señalado en el artículo 80 del mismo acuerdo, aplicando el principio de la favorabilidad y evitando así la imposición de la sanción por inexactitud.

Considera que no se requirió al contribuyente porque no había situaciones que aclarar o pruebas que presentar para demostrar la exactitud de los datos declarados y tampoco había lugar a practicar visita, pues no era necesario acudir a libros de contabilidad, ya que era palpable el error de la sociedad al pretender aplicar una norma que no correspondía al año gravable declarado.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero, Delegado en lo Contencioso, pide la confirmación de la sentencia apelada porque, la argumentación hecha por el representante judicial del Distrito Capital, no desvirtúa las conclusiones del tribunal, ni demuestran que éstas sean equivocadas. Y que de todos modos, basta anotar que los actos acusados impusieron una sanción por un hecho (error aritmético) que las disposiciones locales del Distrito Capital no definen, razón por la cual aquellas violaron el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, precepto éste que la demanda no indica como violado.

Comparte los razonamientos del demandante en el sentido de que al no definir la disposición local el error aritmético, se debe acudir por analogía, a la definición que en materia de impuestos sobre la renta y ventas trae el artículo 24 del Decreto 3803 de 1982 en el cual no encuadra la conducta de la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Según los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico la ley rige para el futuro, salvo expresas excepciones constitucionales. Es obligatoria en virtud de su promulgación o publicación y solo puede aplicarse a los hechos que ocurren con posterioridad a su vigencia.

Puesto que por imperativo constitucional la rige para el futuro, por lo general no puede tener efectos retroactivos, incluso aquellas que se dictan por motivos de utilidad pública tienen efecto general inmediato pero no retroactivo. Así mismo en materia tributaria la ley solo puede regir hacia el futuro, pues la obligación de pagar el impuesto nace cuando ocurren los hechos previstos en la ley como generadores del tributo, y a él deben aplicarse los efectos económicos, base y tarifas que la misma ley establece. No obstante hasta antes de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, atendiendo precisamente

SECCION CUARTA

a la circunstancia de que el hecho generador del tributo se configure sucesivamente a través de un período impositivo, pero que se consolida al final del cierre del ejercicio fiscal, y solo en este momento podían establecerse las obligaciones y derechos del contribuyente frente a la ley vigente. Esta característica especial del hecho económico sucesivo permitió entonces aplicar algunas leyes tributarias, promulgadas en el curso e incluso al final del período gravable a todo el ejercicio fiscal, admitiendo así la figura de la retrospectividad de la ley en materia tributaria. Obviamente sin desconocer el debido proceso, ni los derechos adquiridos consolidados plenamente con anterioridad a su vigencia.

Pero a raíz de la expedición de la Constitución Nacional de 1991 y en virtud de lo dispuesto por el artículo 338 desapareció definitivamente del ordenamiento jurídico colombiano el fenómeno de la retrospectividad de las normas tributarias, pues dice así su último inciso:

“Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

Aplicado el principio de la irretroactividad de la ley al caso que nos ocupa, observa la Sala que el Acuerdo número 2 de febrero 8 de 1985, que adicionó el artículo 23 del Acuerdo 21 de 1993, para agregar un código adicional de actividad con tarifa específica, rige según postulado del artículo 4º a partir de la fecha de su sanción, por lo que no puede pensarse de ninguna manera que tenía efectos retroactivos con el fin de aplicarlo a los hechos económicos ocurridos antes de su vigencia, y menos aún para aplicarlo a un período fiscal ya fenecido. En consecuencia, no podían ni la administración ni el contribuyente, pretender afianzar en él sus derechos y obligaciones fiscales y tampoco puede tomarse en cuenta por la jurisdicción para decidir en derecho.

Entonces la actuación de la administración y del contribuyente debe estudiarse a la luz del Acuerdo 21 de 1983, norma vigente que por una parte establecía en el artículo 23 las tarifas de servicios así:

“A las actividades de servicios se les aplicará las siguientes tarifas mensuales sobre la base gravable:

Código	Actividad	Tarifa mensual
301	Transporte	2 /00
302	Consultoría profesional	2 /00

Código Actividad	Tarifa mensual
303 Contratistas de construcción, constructores y urbanizadores	2°/00
304 Presentación de películas en salas de cine	2°/00
305 Servicios de restaurante, cafetería, bar, grill, discoteca y similares	9 /00
306 Servicios de hotel, hospedaje, amoblado y similares	9 /00
307 Servicios de casa de empeño	9 /00
308 Demás actividades de servicio	4 /00"

A esta norma ha debido sujetarse el contribuyente con el fin de aplicar a la base gravable cuantificada sobre los ingresos del año anterior, la tarifa del 2 /00

No obstante el contribuyente encasilló su actividad en el código 309 y aplicó la tarifa del 2 /00 a la base correctamente declarada no por equivocación en una operación matemática sino en razón de haber dado aplicación anticipada a una norma, hecho que realmente no corresponde a un error aritmético.

En consecuencia, el procedimiento adoptado por la administración, así haya perseguido aplicar el principio de favorabilidad al contribuyente, no era el señalado por el acuerdo municipal en su artículo 42, que implica el requerimiento para exigir del contribuyente la explicación para la aplicación de un código y tarifas no vigentes para el período impositivo, sino que optó por acudir al procedimiento expedito de corrección de un error numérico, que no se dio.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 6247 el día 19 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

SECCION CUARTA

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala *Jaime Abella Zárate*,
Guillermo Chahín Lizcano, *Consuelo Sarria Olcos*.

Jorge A. Torrado, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO - Motivación / COMERCIO EXTERIOR / PRINCIPIO DE CELERIDAD

Resulta exagerada la posición del Tribunal al considerar de que la administración solamente expresa sus decisiones por medio de actos materializados bajo la forma de resoluciones u otro tipo de providencias, pues es claro que sectores como el del Comercio Exterior moderno requiere de mecanismos y procedimientos muchos más ágiles y expeditos que sean plasmados en procedimientos internos que sin desconocer los principios generales del ordenamiento jurídico, permiten atender con la celeridad debida las necesidades de este sector económico. Por consiguiente se considera que la Junta de Importaciones del Incomex sí expresó al interesado los motivos de su negativa quien los conoció cuando retiró el formulario original acompañado del volante de radicación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expediente número 4427.

Actor: Comercial de Resistencias Ltda. Apelación a la sentencia de 25 de junio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (nulidad decisiones contenidas en las Actas 575, 755 de 1984 y 348 de 1985 del Incomex). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, Incomex, contra la sentencia de 25 de junio de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló las decisiones contenidas en las Actas 575, 755 de 1984 y 348 de 1985 por medio de las cuales se negaron las solicitudes de modificación del Registro de Importación número 08708 de marzo 6 de 1984.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES

Según el documento antes mencionado el Incomex autorizó la importación del Canadá de 4 cajas (659 Kls.) contentivas de tubos de níquel simplemente estirados, forjados en caliente por un valor de US\$4.440, mercancía ésta correspondiente al régimen de libre importación y clasificada en la posición arancelaria 75-04-0-00.

Llegada la mercancía los aforadores de la Aduana de Barranquilla establecieron que se trataba de tubos de acero inoxidable con un 30% de níquel con costura, clasificados en la posición arancelaria 73-18-04-04 de licencia previa con gravamen del 26% (consulta de aforo 071 de diciembre 7 de 1984).

A efectos de nacionalizar la mercancía la sociedad actora presentó los formularios de modificación del registro de importación 08708 distinguidos con los números 259701 de diciembre 15 de 1984, 264723 de febrero 15 de 1985 y 271801 de mayo 15 de 1985, modificación que en definitiva fue negada por la Junta de Importaciones del Incomex por las razones consignadas en volante adjunto (radicación 03347).

La negativa a la modificación del registro (formulario 271801) de libre importación la licencia previa está consignada en el volante de la Junta de Importaciones de fecha 28 de mayo de 1985 (Radicado No. 03347), en los siguientes términos:

“El cambio de una posición que estuvo en Régimen de Libre Importación hasta abril de 1984, por una posición que ha estado en Régimen de Previa por más de 10 años, en especial cuando se trata de bienes de igual naturaleza, no se considera aceptable” (fl. 59).

En la demanda ante el Tribunal la actora básicamente censura al Incomex porque tuvo que solicitar en tres oportunidades la modificación del registro de importación 08708 de marzo 6 de 1984 y solamente en mayo 28 de 1985 se le dio una razón explícita del rechazo de la modificación solicitada. Critica también las actas de la junta debido a que carecen de explicación (falta de motivación) y de los recursos que contra tales decisiones proceden, pues los formularios de modificación contienen un sello que reza: “Junta de Importaciones -negado- ver razones en el volante adjunto y/o anotadas en el original”.

En cuanto al aspecto de fondo, es decir la viabilidad o procedencia de la modificación del registro de importación invoca a su favor el artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de mayo 15 de 1979, el cual,

a juicio del demandante, permite la modificación del registro de importación cuando la mercancía cambia del Régimen de Libre Importación al de Licencia Previa, sin cambiar de naturaleza la mercancía.

Tramitado el proceso, el Tribunal *a quo* luego de referirse extensamente a las negativas de modificaciones del registro de importación número 08708 de marzo 6 de 1984 contenidas en los formularios 259701 (Radicación 19677) y 264723 (Radicación 24178), en últimas aceptó que el Incomex con motivo de la presentación del formulario 271801 (Radicado 03347 de mayo 28 de 1985) "... ese organismo sí dio razón de su decisión, pues en el volante de fecha 28 de mayo de 1985, expedido para dar respuesta a la solicitud contenida en el formulario radicado con el número 03347, evidentemente aparece expresada aquélla, pues se aduce que 'el cambio de una posición que estuvo en el régimen de libre importación hasta abril de 1984 por una posición que ha estado en régimen de previa por más de diez años, en especial cuando se trata de bienes de igual naturaleza, no se considera aceptable'".

Sin embargo, señala que pese a la negativa que contiene este volante, ello no significa que, en realidad, el acto de la Junta de Importaciones, por medio del cual adoptó la decisión negativa a la modificación del registro de importación contenga las razones de la misma, pues revisado el contenido de las Actas 575 y 755 de 1984 y 348 de 1985 se advierte que en ellas no se alude a ese aspecto. Concluye entonces que se presentó una falta de motivación de los actos administrativos impugnados, y que siendo la falta de motivación de los actos administrativos una de las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se debe declarar la nulidad de las decisiones contenidas en las actas de la Junta de Importaciones en cuanto negaron la solicitud de modificación del registro de importación en cuestión, pues ninguna de esas actas (575 y 755 de 1984 y 348 de 1985) expresaron las razones de las decisiones negativas a la solicitud de modificación del registro de importación mencionada. Como motivo adicional la sentencia precisa que no se indicaron los recursos que procedían contra tal negativa, tampoco las autoridades ante la cual debían interponerse y menos aún los plazos para hacerlo (artículo 47 del Código Contencioso Administrativo).

Pero además de lo anterior, el fallo del *a quo* observa que la razón expuesta en el volante de mayo 28 de 1985 anexo al formulario de modificación del registro de importación radicado bajo el número 03347, no es válida para efectos de la negativa de esa solicitud, porque sí resultaba perfectamente posible efectuarla al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 del 15 de mayo de 1979 en cuanto expresa

SECCION CUARTA

que "únicamente será necesaria la presentación de la modificación al registro de importación cuando la mercancía cambia del régimen de libre importación al de licencia previa sin cambiar de naturaleza...". Para reforzar su tesis precisa que la Aduana de Barranquilla en auto del 9 de octubre de 1984 dispuso que los interesados debían presentar modificación al registro de importación de conformidad con el artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de 1979 dentro del término de dos meses.

Fuera de la anterior anotación, la sentencia del Tribunal expresa que a su juicio la Junta de Importaciones sí podía negar la solicitud de modificación del Registro de Importación que correspondía al cambio de régimen de libre importación al de previa, pues en realidad se trataba de una solicitud de licencia previa para lo cual la Junta de Importaciones disponía de la facultad de concederlas o no, aunque al tomar una u otra decisión debía ceñirse a lo preceptuado por el artículo 77 del Decreto-ley 444 de 1967, norma que fija las pautas o criterios que debía guiar a la Junta de Importaciones al estudiar las solicitudes de licencias para aprobarlas, aplazarlas o improbarlas, como por ejemplo el grado de importancia que tengan los bienes que se pretenden importar junto con el mantenimiento e incremento del nivel de empleo, si los artículos no se producen en el país, su mayor o menor escasez y el grado de necesidad de ellos; si hay producción nacional que esté abasteciendo la demanda, etc.

Agrega el fallo del Tribunal que la negativa de modificación del registro de importación sólo podía adoptarse ante la presentación de algunas de las circunstancias señaladas en el artículo 77 del Decreto-ley 444 de 1967 y que, por lo tanto, no se podían aducir unas circunstancias o razones distintas.

Que en el caso en estudio la Junta de Importaciones no adujo ninguna de las circunstancias contenidas en la norma antes mencionada, y que al negar la modificación del registro de importación en el fondo significó la negativa de la licencia previa imposibilitando el cambio de una posición arancelaria del régimen de libre importación al de licencia previa, modificación que sí resultaba posible conforme a lo preceptuado por el artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de 1979.

De lo anterior concluye que la decisión de negar la solicitud de modificación del Registro de Importación no estuvo ajustada a derecho, pues de una parte, no hubo motivación de los actos administrativos que condujeron a tal negativa; y de otra, que aún aceptando que la razón dada en el volante de mayo 28 de 1985 resulta suficiente, de todas maneras se presenta la nulidad de los

actos acusados por falta de aplicación del artículo 21 del Reglamento General de Aduanas 328 de 1979, señalado como infringido por la sociedad actora.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal con salvamento de voto de dos magistradas anuló las decisiones adoptadas por la Junta de Importaciones del Incomex y como restablecimiento del derecho impetrado ordenó el pago de los perjuicios materiales causados, tasando el daño emergente en las sumas de \$976.250 y \$49.941 con la respectiva actualización con base en el índice de precios al consumidor; así como también el lucro cesante el valor de los intereses corrientes sobre las sumas anteriores indicando los períodos correspondientes para su liquidación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia (fls. 325/369).

RECURSO DE APELACION

En la sustentación del recurso la apoderada judicial del Incomex relievra que la Junta de Importaciones se concibió en el Decreto-ley 444 de 1967 como un organismo asesor para el cumplimiento de las funciones asignadas al Incomex, entre las cuales se encuentra la que se refiere a la aprobación total o parcial de las solicitudes de licencias para importar bienes comprendidos en la lista de licencia previa o en la de prohibida importación de acuerdo con las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno.

Al respecto señala que el procedimiento para aprobar o improbar las licencias consiste en que revisada la documentación presentada con el formulario correspondiente, una vez se tome la decisión de *aprobación* o de *negado*, ésta aparece en el cuerpo mismo del formulario ya sea aprobando o negando la solicitud, en este último caso, adjunto se anexa un volante con la causal que fundamenta la negativa, lo cual constituye el acto administrativo que contiene la decisión de la Administración. Adicionalmente la Junta de Importaciones publica unas listas con números de radicación, donde aparece la fecha de la decisión y el sentido de ésta, constituyéndose en las actas de la junta; los conceptos son archivados y aparecen suscritos por los miembros de la junta. Posteriormente, el contenido de la decisión se da a conocer al interesado y la notificación se efectúa al momento de devolver la solicitud, previa entrega de la ficha respectiva. Cuando el interesado está inconforme con la decisión de la Administración, presenta una nueva solicitud a fin de que sea reconsiderada, es decir se da la oportunidad de que el solicitante presente nuevas pruebas que fundamenten su petición o pida reconsideración a lo ya aportado.

Precisa entonces que en el presente caso la solicitud presentada por la sociedad demandante fue atendida de conformidad y la junta decidió negar la modificación al registro de importación por la circunstancia descrita en el

SECCION CUARTA

volante; por esto, está en desacuerdo con lo sostenido por el Tribunal de argumentar "falta de motivación en la expedición de la voluntad de la administración", toda vez que la motivación a su juicio siempre existió.

En cuanto a la falta de notificación de la decisión de no modificar el registro de importación anota que ésta se produjo por conducta concluyente, pues esta circunstancia se evidencia al presentar nuevas solicitudes de modificación del mencionado registro y al formular demanda ante esta jurisdicción, recabando que de acuerdo con las normas legales cuando falta la notificación, tal irregularidad en manera alguna genera nulidad de los actos administrativos y solamente los hace inoponibles a terceros.

En relación con el aspecto de fondo, es decir las modificación del registro de importación del régimen de libre importación al de licencia previa, destaca que dicho cambio legalmente es procedente cuando la mercancía cambia de régimen. siempre y cuando que se trate de mercancías de igual naturaleza. Argumenta que el asunto que se debate en modo alguno encaja dentro de lo regulado por el artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de 1979 porque los tubos que se pretendían nacionalizar eran sustancialmente diferentes puesto que el registro 08708 de marzo 6 de 1984 los denomina Tubos de Níquel simplemente estirados (posición arancelaria 75-04-01-00 y según los merciólogos (concepto de aforo 11178 abril 8 de 1985) resultaron ser tubos de acero inoxidable y 30% de níquel con costura, correspondientes a la posición arancelaria 73-18-04-00.

Por último, la apelante se refiere a lo afirmado por el Tribunal en el sentido de que la Junta de Importaciones al negar la solicitud de modificación, tenía que apoyarse única y exclusivamente en las circunstancias que indica el artículo 77 del Decreto-ley 444 de 1967, anotando al respecto que tal apreciación es equivocada porque las razones que contiene el artículo 77 antes mencionado apenas son el marco de referencia dentro del cual actúa la Junta de Importaciones para tomar sus decisiones, pero nunca se constituyen en los motivos para negar las solicitudes.

Por tanto, pide la revocación del fallo proferido por el Tribunal por no estar de acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia, a más de que la condena no se ajusta a la realidad de la situación planteada (fls. 388/394).

TRASLADO A LAS PARTES PARA ALEGAR DE CONCLUSION

En primer lugar descurre el traslado la apoderada del Incomex quien señala que es equivocada la apreciación del Tribunal al darle prosperidad al

cargo de "falta de motivación" de los actos acusados con fundamento en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, porque para que se configure la causal, es menester que la ley exija unos motivos precisos para efectos de decidir una determinada cuestión y el funcionario expida el acto sin tener en cuenta dichos motivos. Precisa que conforme lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo la mencionada causal se refiere a los motivos del acto, que como lo considera la doctrina son hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto; y además, que debe tenerse en cuenta que esta causal sólo tiene eficacia cuando el funcionario ejerce una competencia reglada, caso en el cual las circunstancias de hecho que fundamentan el acto son condiciones de su legalidad. De otra parte observa que el ejercicio de la función administrativa a cargo de la Junta de Importaciones no se encuentra reglada en ningún precepto de carácter legal.

En segundo lugar se refiere a la solicitud de modificación del registro de importación, argumentado que según el Tribunal la decisión de negarle no estuvo ajustada a las normas legales por desconocimiento o falta de aplicación del artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de 1979, ya que éste permitía el cambio de régimen de importación de la mercancía de libre a previa; pero reliega que esto es válido siempre y cuando la mercancía fuese de la misma naturaleza, lo cual no ocurre en el presente caso, pues la mercancía al ser reconocida por parte de los funcionarios de la aduana cambió sustancialmente su naturaleza, no obstante seguir siendo tubos, resultaron ser tubos de acero inoxidable y 30% de níquel con costura, lo que los hacía diferentes y correspondientes a una posición arancelaria diversa que distaba mucho de la anterior mercancía.

Observa entonces que el motivo no es simplemente un cambio de posición como lo entiende el Tribunal sino que la nueva mercancía era tan distinta de la anterior que exigía variar hasta el régimen, previamente establecido por el Gobierno Nacional, por considerar que existe cierta mercancía que debe ser analizada antes de su ingreso al país.

En consecuencia, solicita sea reconsiderada la decisión del Tribunal de declarar la nulidad de las decisiones adoptadas por la Junta de Importaciones del Incomex (fls. 397/401).

También descorre el traslado para alegar de conclusión el señor Delegado Tercero de la Procuraduría General de la Nación, doctor Jaime Ossa Arbeláez quien considera que a su juicio no se expusieron los motivos del acto denegatorio de la modificación del Registro de Importación como tampoco se hizo la notificación personal o por edicto y menos aún se indicó los recursos

SECCION CUARTA

que procedían contra tal denegatoria. En resumen expresa que hubo una irregular expedición del acto administrativo que lo hace nulo.

En cuanto al aspecto de fondo la Fiscalía no hizo ninguna manifestación, pues su alegato se limitó al aspecto formal de la expedición del acto denegatorio de modificación del registro de importación y a las pretensiones resarcitorias con las cuales en términos generales, se identifica con lo expuesto por el Tribunal en la sentencia. Por lo tanto auspicia la confirmación del fallo proferido por el *a quo* (fls. 402/410).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La decisión del recurso propuesto se contrae a la impugnación presentada por la parte demandada en razón de que sólo la apoderada de esta última sustentó la apelación y recorrió el traslado para alegar de conclusión.

Corresponde entonces a la Sala examinar primero, si los actos acusados proferidos por la Junta de Importaciones del Incomex, en particular el relativo a la última solicitud de modificación del registro de importación (No. 271801 de mayo 15 de 1985), carecen de motivación, es decir de falta de explicación al interesado, del por qué de la negativa de modificación; y lo segundo, si conforme a lo preceptuado por el artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de 1979 era o no procedente acceder a su modificación, habida cuenta de que el registro de importación 08708 de marzo 6 de 1985 describe la mercancía como tubos de níquel simplemente estirados, forjados en caliente de la posición arancelaria 75-04-01-00 y de acuerdo con el concepto de aforo 11178 de 8 de abril de 1985 resultaron ser tubos de acero inoxidable aleado con 30% de níquel clasificado en la posición arancelaria 73-18-04-00.

Pues bien, estima la Sala que de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso y con el procedimiento especial internamente adoptado por el Incomex para dar a conocer las decisiones de aprobación, negativa o aplazamiento proferidas por la Junta de Importaciones, es evidente que en el *sub examine* sí se indicó expresamente el por qué de la negativa de modificaciones del registro de importación 08708, pues ello se deduce del formulario mismo (forma CE-1713) que contiene un sello de negado el cual remite las razones de tal negativa al volante adjunto, en este caso el número 03347 de mayo 28 de 1985; a más de lo anterior, específicamente al Acta de la Junta de Importaciones número 348 de mayo 28 de 1985 que junto con la ficha de radicación B-271801-A firmada por los miembros de la Junta de

Importaciones expresan la misma razón de negativa que contiene el volante 03347.

De manera pues que para la Sala resulta exagerada la posición del Tribunal al considerar de que la Administración solamente expresa sus decisiones por medio de actos materializados bajo la forma de resoluciones u otro tipo de providencias, pues es claro que sectores como el del Comercio Exterior moderno requiere de mecanismos y procedimientos mucho más ágiles y expeditos que sean plasmados en procedimientos internos que sin desconocer los principios generales del ordenamiento jurídico, permiten atender con la celeridad debida las necesidades de este sector económico.

Por consiguiente, la Sala considera que la Junta de Importaciones del Incomex sí expresó al interesado los motivos de su negativa, quien los conoció cuando retiró el formulario original 271801 de mayo 15 de 1985 acompañado del volante de radicación 03347, en el cual se indica que si el interesado desea una aclaración más amplia podía dirigirse directamente a la Junta de Importaciones o a la Secretaría de la misma.

En este mismo sentido se expresa el salvamento de voto de la Magistrada Beatriz Martínez Quintero, quien estimó que en el fondo del asunto sí hubo motivación del acto acusado y estuvo en consonancia con las normas sobre Comercio Exterior que le permitían para la época en que los actos fueron expedidos, otorgar discrecionalmente las licencias para la importación bajo el régimen controlado de licencia previa.

Adicionalmente se observa que la sociedad demandante invocó como transgredido el artículo 34 del Decreto 01 de 1984, norma referente a la facultad de pedir y decretar pruebas dentro de la actuación administrativa. Posiblemente el demandante quiso referirse al artículo 35 *ibidem* que habla sobre la toma de decisión (motivada al menos en forma sumaria).

Respecto al segundo punto de la apelación, es decir, si era o no procedente la aplicación del artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de 1979, en primer término la Sala observa que la Aduana de Barranquilla pudo pensar en un principio que la glosa del aforador se trataba simplemente de un cambio del régimen de libre importación al de licencia previa y de la respectiva posición arancelaria. Sin embargo, las distintas pruebas de los expertos y en especial lo que expresa el concepto sobre aforo número 11178 de abril 8 de 1985, la mercancía que se pretendía nacionalizar *resultó ser diferente* a la que amparaba el registro 08708 de marzo 6 de 1984.

SECCION CUARTA

De no mediar lo consignado en el auto de octubre 9 de 1984 de la Aduana de Barranquilla referente a la solicitud de modificación del registro de importación, ha debido liquidare la importación de acuerdo con los gravámenes establecidos para la posición arancelaria número 73-18-04-00.

De lo anterior claramente se deduce que no era procedente la solicitud de modificación del registro de importación, porque una de las premisas del mencionado artículo 21 del Reglamento General de Aduanas número 328 de 1979 es la de que la mercancía no cambie de naturaleza, lo cual sí ocurrió como quedó visto.

Por esta razón la Sala comparte las apreciaciones consignadas en los salvamentos de voto de las Magistradas Beatriz Martínez Quintero y Olga Inés Navarrete Barrero quienes consideran que no era viable la modificación porque la mercancía importada resultó ser diferente a la que amparaba el registro 08708 de marzo 6 de 1984.

Por consiguiente, la Sala habrá de revocar la sentencia de junio 25 de 1992 mediante la cual el Tribunal anuló las decisiones contenidas en las Actas 575, 755 de 1984 y 348 de 1985 de la Junta de Importaciones del Incomex referentes a la modificación del registro de importación 08708 de marzo 6 de 1984.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia de junio 25 de 1992 proferida en el juicio número 172 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló las decisiones contenidas en las Actas 575, 755 de septiembre y diciembre de 1984 y 348 de febrero de 1985 emanadas de la Junta de Importaciones del Incomex, mediante las cuales se negó la modificación del Registro de Importación número 08708 de marzo 6 de 1984.

2. Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

EXP. - 4427

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sección. *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LEY EN EL TIEMPO / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY / LIBROS DE CONTABILIDAD / SANCION POR LIBROS

La ley sólo obliga en virtud de su promulgación, salvo la excepción relativa a las leyes interpretativas y los actos consagrados en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, así que no se entiende cómo puede dársele vigencia retroactiva a uno de tales actos como el Decreto Reglamentario 1354/87. Así mismo es incuestionable que la ley tributaria impone a los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, de tenerlos al día, dándole un plazo no mayor de tres meses. Resulta entonces inaplicable el artículo 3º del Decreto Reglamentario 1354/87 (sanción por atraso en los libros de contabilidad) el sub lite por cuanto la vigencia de una norma reglamentaria es hacia el futuro y no regula situaciones anteriores a su vigencia, ya que tal decreto es de julio 17 de 1987 y la situación litigiosa se presentó al practicarse la visita en abril del mismo año.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número 3891.

NIT. 60002306

Impuestos (sanción por libros -1986). Fallo.

Actora: Industrias e Inversiones Samper S. A.

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por el apoderado judicial de la Nación-Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de fecha 12 de julio de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad

Industrias e Inversiones Samper S. A., contra la operación administrativa que le impuso sanción por libros de contabilidad por la vigencia fiscal de 1986.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de abril de 1986, la Administración de Impuestos de Bogotá notificó a la sociedad "Industrias e Inversiones Samper S. A.", el auto comisorio número 103 de abril 4 de 1986, con el propósito de practicar inspección a los libros de contabilidad.

La diligencia se realizó el día 4 de abril del citado año, y según el informe de los funcionarios comisionados, se estableció que los libros de contabilidad diario y mayor, se encontraban con atraso superior a tres meses, puesto que en dichos libros el último asiento registrado, era de fecha 31 de diciembre de 1985.

El 24 de abril de 1987, la Administración de Impuestos profirió la Resolución número 040132 mediante la cual le impuso sanción por libros en cuantía de \$75.759.052 por el año gravable de 1986.

La sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la resolución mencionada, los cuales fundamentó diciendo que la resolución recurrida es nula por falta de requerimiento previo a la imposición de la sanción por atraso en libros de contabilidad, invocando a tal fin los artículos 42 y 57, segunda causal de la Ley 52 de 1977; también alega como sustento de la petición de nulidad el artículo 84 de la Ley 9ª de 1983, con fundamento en que la oficina liquidadora tomó como base para el cálculo de la sanción, los ingresos netos y patrimonio liquidado declarado por el año 1985, en vez del declarado por el año de 1986, que es la que ha debido tomarse ya que la resolución sancionatoria es de 1986.

El 5 de mayo de 1988, un año después, adicionó el recurso de reposición, y pide aplicación del artículo 3º del Decreto Reglamentario 1354 de julio de 1987; la Administración resolvió la reposición mediante la Resolución número 000117-P del 27 de octubre de 1988, responde que se trata de una providencia que impuso sanción por atraso superior a tres (3) meses en la contabilidad de conformidad con el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, norma vigente, disposición que "se remonta a las inconsistencias contables preestablecidas por el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974", las que tienen como base los artículos 33 *ibidem* y 48 y ss. del Código de Comercio. Y en cuanto a la violación del artículo 84 de la Ley 9ª de 1983, responde que si bien

SECCION CUARTA

la base para imponer la sanción corresponde a los ingresos netos o patrimonio líquido, el que sea mayor del año inmediatamente anterior, si se aplicara ese criterio al caso *sub lite*, a la sociedad le saldría una multa por \$142.435.839, lo cual haría más gravosa la situación del apelante, por lo cual se mantiene la sanción impuesta. Y, en cuanto a la adición al recurso presentado extemporáneamente el 5 de mayo de 1988, respecto de la Resolución 040132 de 24 de abril de 1987 para que se aplicara el artículo 3º del Decreto 1354 de 1987 y la instrucción de la Subdirección Jurídica número 0008 del 22 de febrero de 1988, en ésta se hace referencia a las sanciones impuestas con anterioridad a la vigencia del Decreto 2503 de 1987 que se hubieren recurrido, se registrarán por las disposiciones anteriores, y si se está dentro del término para interponer recursos, era procedente la reducción de la sanción de conformidad con el literal b) del artículo 67 del citado decreto, que se refiere a la aplicación del principio de favorabilidad y no a la aplicación de un reglamento que no estaba vigente, por ser posterior a la fecha en que se produjo el acto recurrido. Al resolver el recurso de apelación, la Dirección General de Impuestos Nacionales-Administración de Impuestos Nacionales, Grandes Contribuyentes-División Jurídica en la Resolución 000023 de 17 de diciembre de 1988 confirmó la Resolución 000117 del 27 de octubre de 1988, acogiendo el criterio expuesto en el acto recurrido.

Conocidos los resultados de la actuación administrativa, la actora acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde solicita la nulidad de los actos administrativos alegando violación de los artículos 56 inciso 3º del Decreto 3803 de 1982, 3º del Decreto Reglamentario 1354 de 1987, 14 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Político y Municipal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda considerando que el artículo 3º del Decreto 1354 de 1987, al fijar el alcance del artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, forma con éste un todo indisoluble, que, por ende, debe aplicarse íntegramente al caso *sub judice*; por tanto, si al contribuyente se le exigió la exhibición de los libros de contabilidad el 4 de abril de 1986, no transcurrieron más de los tres meses previstos en la norma reglamentaria para la sanción por atraso en los libros de contabilidad; en consecuencia queda desvirtuada la presunción de legalidad que cobija los actos acusados.

LA APELACION

El apoderado judicial de la Nación, apela la decisión del Tribunal y solicita revocar la sentencia apelada y en su lugar confirmar la sanción impuesta por la Administración Tributaria, por cuanto el Decreto Reglamentario 1354 de 1987, modificó la situación prevista en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, y estableció otras circunstancias para cuando se presente atraso en los libros de contabilidad.

Manifiesta el apoderado judicial de la Nación que el artículo 3º del Decreto 1354 de 1987, no fija el alcance del artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, si no que lo modifica parcialmente, y por tanto esa modificación no puede operar hacia el pasado, sino hacia el futuro, y concluye en que los funcionarios de impuestos actuaron conforme a derecho al determinar la sanción por libros de contabilidad.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante solicita que se confirme en todas sus partes el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de la apelación instaurada por el apoderado judicial de la Nación, por cuanto la providencia se ajusta íntegramente al ordenamiento legal.

El apoderado de la actora expresa, que dada la jerarquía de las normas de derecho, un simple decreto reglamentario expedido por el Gobierno en uso de las facultades que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la C. N. vigente, solo tiene por objeto "la cumplida ejecución de las leyes" y no puede modificarlas sin incurrir en vicio de nulidad, y que como consecuencia, el decreto reglamentario está haciendo claridad sobre el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, vigente cuando se aplicó la sanción por libros de contabilidad y como lo confirma el magistrado sustanciador en su proveído, "forma con éste un todo indisoluble", que por ende debe aplicarse íntegramente al caso *sub judice*.

El apoderado judicial de la Nación manifiesta que para el momento de la expedición de la resolución sancionatoria por atraso en libros de contabilidad de la sociedad actora, estaba vigente el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982 y resulta difícil obviar de su contexto que en él no incurrían quienes se ajustaban a sus precisiones en el período comprendido entre diciembre de 1982 fecha de su expedición, y julio de 1987 cuando comenzó la vigencia del Decreto 1354 de ese año.

SECCION CUARTA

Agrega el apoderado judicial de la Nación que no puede exigirse de la Administración Tributaria, por conocida improcedencia, la obligación de aplicar un régimen de favorabilidad con efectos retroactivos, en presencia de situaciones jurídicas verdaderamente consolidadas para el fisco, caracterizadas en la ley, desconocidas por la sociedad al momento de la imposición de la sanción y por ella prevista dentro de claros instructivos del legislador pero modificados años después y para situaciones futuras desde julio de 1987. Finalmente expresa, que la naturaleza de la norma sustancial que aplicó la Administración es evidente, y en consecuencia era aplicable al momento del hecho sancionado; pues la ley se aplica a los hechos ocurridos bajo su vigencia; el momento en que el hecho ocurra, determina el régimen aplicable, que era el vigente para entonces.

El representante del Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El aspecto fundamental del recurso de apelación tiene que ver con la pretensión del apoderado judicial de la Nación, frente a la decisión del Tribunal, que no comparte, que considera que los actos administrativos acusados ante la jurisdicción se encuentran ajustados a derecho, por cuanto la sanción impuesta por la entidad que representa, se aplicó cuando estaba en vigencia el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, y que por el contrario, el artículo 3º del Decreto 1354 de 1987, no fija el alcance del artículo 56 *ibidem*, sino que lo modifica parcialmente, y por tanto, la modificación no puede tener efectos retroactivos, esto es, no puede operar hacia el pasado sino hacia el futuro.

Observa la Sala que con fecha 24 de abril de 1987, por Resolución número 040132, la Administración de Impuestos impuso la sanción por atraso en los libros de contabilidad de la sociedad actora, con base en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982. Esta fue objeto de impugnación mediante los recursos de reposición y en subsidio, el de apelación, los cuales fueron resueltos por la Administración, el 27 de octubre de 1988, el primero, y el segundo el día 2 de diciembre de 1988, (Resolución número 0028) que agotó la vía gubernativa, habiendo quedado en firme la sanción en esta fecha.

Ahora bien, el Decreto Reglamentario 1354 de 1987, entró en vigencia el día 17 de julio de 1987, fecha en la cual ya se había impuesto la sanción que la sociedad discute. En esa fecha, 24 de abril de 1987 mediante la cual se impuso sanción por atraso en los libros de contabilidad Diario y Mayor de

\$75.759.052 con fundamento en los artículos 10 y 20 del Código de Comercio, y Título IV del Libro Primero del mismo código y artículos 33 y 34 del Decreto 282/74 y 56 del Decreto 3803/82, literal e) según el cual son hechos irregulares sujetos a sanción, “tener los libros de contabilidad con un atraso superior a los tres meses”.

Se alega en la demanda y lo acogió el Tribunal, que para que sea viable aplicación del Decreto Reglamentario 1354 de julio de 1987 a hechos sucedidos bajo la vigencia de normas sustantivas que sancionan el atraso en libros de contabilidad mayor de tres meses, como es el artículo 56 del Decreto Extraordinario 3803/82, que da aplicación a lo dispuesto en los artículos 14 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Municipal, porque la resolución sancionatoria no se hallaba ejecutoriada, es el argumento fundamental, diciendo que la ley interpretativa se entiende aplicable con la interpretada.

Al anterior alegato se contesta transcribiendo el texto de los artículos 14 del C.C. y 58 del C. de R.P. y M.

Dice el artículo 14 del Código Civil, cuya aplicación se pide:

Leyes interpretativas

“Artículo 14. *Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio*”.

Y el artículo 58 del C. de R.P. y M., expresa el mismo criterio al decir:

“Cuando *una ley se limita a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos, pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entre a regir*”.

Obsérvese que la norma se refiere a la ley, la cual según la precisa y doctrinaria definición que de ella hace el artículo 4º del Código Civil, “es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar” (resalta la Sala).

Así pues, la ley solo obliga en virtud de su promulgación, salvo la excepción relativa a las leyes interpretativas, y si “las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable” (art. 12 Ley 153/

SECCION CUARTA.

87), no se entiende cómo pueden dársele vigencia retroactiva a uno de tales actos, como el Decreto Reglamentario 1354/87 que además, modifica los términos del artículo 56 del Decreto-ley 3803/82, que a la letra dice:

“Las irregularidades de que tratan los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 34 del Decreto 2821 de 1974, se sancionarán con una multa equivalente al 2% de los ingresos netos anuales, o al 1% del patrimonio líquido, el que resulte superior; (ver art. 83 Ley 9ª/83) a la sanción así determinada, se restará el valor del impuesto de renta y patrimonio pagado por el contribuyente por el respectivo año gravable”.

“En ningún caso la sanción podrá ser inferior a cincuenta mil pesos”.

“La sanción de que trata este artículo también se aplicará cuando existiere atraso en los libros de contabilidad. Para tales efectos, se considera que los libros de contabilidad deben estar al día, a más tardar, *dentro de los tres meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones.*” (resalta la Sala).

A su turno, el artículo 34 del Decreto Extraordinario número 2821 de 1974, al cual se refiere el artículo 56 del Decreto 3803/82, dice:

“En lo concerniente al control tributario se consideran irregulares, los siguientes hechos:

1. No llevar contabilidad, si hubiere obligación de llevarla, establecida por ley o reglamento;
2. No tener registrados los libros de contabilidad, si hubiere obligación de registrarlos, establecida por ley o reglamento;
3. No llevar los libros apropiados para las características del negocio o llevarlos en forma que no reflejen su verdadero movimiento;
4. No exhibir los libros de contabilidad, cuando las autoridades tributarias competentes lo exigieren (Concordancia Ley 9ª/83, art. 97);
5. Llevar doble contabilidad”.

Es incuestionable entonces que la ley tributaria impone a los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, de tenerlos al día, dándole un plazo no mayor de tres meses, puesto que el inciso final del artículo 56 del Decreto 3803/82, dice:

“Para tales efectos, se considera que los libros de contabilidad deben estar al día a más tardar, *dentro* de los tres meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones”.

La norma fue objeto de reglamento por el artículo 3º del Decreto 1354/87 expedido el 17 de julio de 1987, que dice textualmente:

“La sanción por atraso en los libros de contabilidad de que trata el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, se aplicará cuando entre la fecha de las últimas operaciones registradas en los libros y *el último día del mes anterior a aquel en el que se solicita su exhibición*, hayan transcurrido más de tres (3) meses”.

Resulta entonces inaplicable el artículo 3º del Decreto Reglamentario 1354/87 por cuanto la vigencia de una norma reglamentaria es hacia el futuro y no regula situaciones anteriores a su vigencia; en el caso *sub lite* el decreto reglamentario es de 17 de julio de 1987 y la situación litigiosa se presentó al practicarse visita a la sociedad en abril del mismo año. Se revocará la sentencia apelada y se negarán las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Jaime Abella Zárate,*
Guillermo Chahín Lizcano, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

REVOCAION DIRECTA DEL ACTO

La institución de la revocatoria directa no es considerada estricto sensu un recurso para el particular, y por ello el Código Contencioso Administrativo la trata como "petición de revocación" para corregir decisiones manifiestamente contrarias a la ley o al interés público; así mismo representa para el funcionario el medio y la ocasión para enmendar errores propios o de sus dependientes siempre que se den las causales legales y con el consentimiento expreso del administrado cuando con el acto se haya creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría. Se establece a su vez como excepción a la obligación de obtener el consentimiento del administrado para revocar, la evidencia de que el acto ocurrió por medios ilegales, lo cual requiere de una maniobra fraudulenta con o sin participación del funcionario para producir un acto manifiestamente ilegal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta . - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expediente número 4519.

C/Municipio de Medellín.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Apelación. Fallo.

Actora: Antioqueña de Automotores y Repuestos S. A., Andar S. A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Administración, en contra de la sentencia de agosto 25 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y que accedió a las súplicas de la demandante.

ANTECEDENTES

1. *Actuación administrativa*

La actora presentó el 30 de marzo de 1987, declaración privada del impuesto de industria y comercio y avisos, por el año gravable de 1986, liquidación que fue modificada mediante la oficial número 00007 de 17 de diciembre de 1987, emanada del Departamento de Impuestos del Municipio de Medellín contra la liquidación oficial; la sociedad actora interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones números 09 del 3 de enero de 1989 y SH-17-067 del 16 de marzo del mismo año, la primera confirmando el acto impugnado y la segunda modificándolo en el sentido de que la liquidación comprendía el lapso entre el 1º de enero y el 29 de abril de 1987.

Con posterioridad, la Administración produjo la Resolución número SH17-297 de 1989 por medio de la cual revocó la Resolución número SH17-067 de 1989; contra dicho acto, la demandante interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación los cuales fueron resueltos mediante Resolución número SH17-019 de 16 de febrero de 1990, quedando así concluido el procedimiento administrativo.

2. *La demanda*

Solicita la sociedad actora que se declare la nulidad de las Resoluciones números SH17-297 de 1989 y SH17-019 de 1990, las dos de la Secretaría de Hacienda de Medellín.

En consecuencia, que se declare la firmeza de la liquidación oficial del impuesto de industria y comercio y avisos por el año de 1986 integrada para la liquidación 00007 del 12 de diciembre de 1987, Resoluciones 09 de 1989 y SH017-067 del mismo año, y a su vez que la demandante ya canceló el monto del referido impuesto.

NORMAS JURIDICAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

-Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

Con la Resolución SH17-297, que contiene un acto de carácter particular se infringió el artículo 73, del Código Contencioso Administrativo que contiene la revocatoria directa, pues se hizo uso de la institución de manera oficiosa sin consultar el consentimiento del administrado y sin la ocurrencia de ninguna de las excepciones en las que el procedimiento efectuado está permitido.

SECCION CUARTA

- Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Ilegalidad por falsa motivación de hecho y de derecho.

No se cierto que se trate de una supuesta situación jurídica de carácter particular, pues ésta, se consolidó efectivamente, de otra parte si el error es sobre el monto de la liquidación, éste no agrega ni quita legalidad al acto.

No puede la Administración gravar a Andar S. A., y a su agente Consautos S. A. por el ejercicio de la misma actividad.

- Artículos 62 del Código Contencioso Administrativo y ss. y 71 del Acuerdo 47 de 1983 del Municipio de Medellín.

Normas que establecen la competencia en el tiempo para practicar la liquidación oficial, facultad ya ejercida por la Administración y frente a la cual los actos administrativos expedidos se hallaban en firme. La demandada al dar curso a la revocatoria directa, obró sin competencia.

- Acuerdo número 20 del Municipio de Medellín.

Estableció una amnistía a la cual se acogió el contribuyente cancelando los impuestos liquidados oficialmente.

- Artículos 50 del Código Contencioso Administrativo y 66 Acuerdo 47 de 1983. Municipio de Medellín.

Con la Resolución SH17-019 de 1990 se están violando las normas invocadas, por falsa motivación, al argumentar que contra el acto mencionado no procedía ningún recurso, desconociendo el principio de la generalidad de la reposición contra los actos administrativos.

3. *Contestación de la demanda*

Sin argumentos la apoderada de la entidad demandada manifiesta su oposición a las súplicas de la demanda y advierte que en el momento procesal oportuno se ocupará de demostrar la legalidad de los actos acusados.

4. *Fallo de primera instancia*

Accede a las súplicas de la demanda, contenidas en los numerales 1, 2 y 3 de las pretensiones. Fundamenta el Tribunal su decisión en las razones que se sintetizan a continuación:

- La nulidad de los actos es evidente, pues la determinación oficiosa del impuesto se agotó con la liquidación oficial y sus actos confirmatorios, creando una situación jurídica particular, contemplada en el artículo 73 del Código

Contencioso Administrativo, que prevé para la procedencia de la revocatoria el consentimiento expreso del administrado, situación ajena al caso *sub lite*. En síntesis los actos acusados son violatorios de la norma precitada.

- En relación con las normas de carácter local, como el Acuerdo 47 de 1983, artículo 55, se observa que los actos acusados fueron expedidos de manera extemporánea.

- No se accede a la declaración de pago o cancelación de los impuestos, pues se trata de un hecho que no tiene relación con lo debatido en el proceso y que no implica restablecimiento del derecho violado con los actos anulados.

5. La apelación

La demandada solicita se revoque la providencia del *a quo* y que en su lugar se declare la legalidad de la Resolución SH17-297 de 1989, de la Secretaría de Hacienda de Medellín.

Fundamenta la recurrente su petición en las razones que se sintetizan a continuación:

- La actora utilizó maniobras fraudulentas para eludir el impuesto de industria y comercio en Medellín.

- La revocatoria de la Resolución SH17-067 de marzo de 1989, no sólo se operó de oficio, sino a petición de parte (ver folios 154, 155, 156).

- La demandante continuó realizando sus actividades comerciales en Medellín a través de la agencia comercial Consautos S. A.

6. Concepto del delegado del Ministerio Público

En opinión del colaborador fiscal, la providencia del Tribunal *a quo* debe confirmarse por las razones que a continuación se resumen:

- El artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, hace posible la revocatoria cuando media el consentimiento expreso y escrito del titular.

- Para el contribuyente existía conciencia clara y definida de que el impuesto ya había sido determinado y que los actos administrativos respectivos se encontraban en firme.

- En el caso bajo discusión no operó la revocación adoptando los procedimientos habilitados por la ley.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES:

Para la Sala la controversia planteada en esta instancia hace relación a la institución de la revocatoria directa y a las condiciones de procedibilidad de la misma.

Resolver la cuestión planteada conduce a la decisión definitiva que dé solución a la controversia, pues la actora insiste en la ilegalidad del acto revocatorio, mientras que la apelante mantiene la tesis de la adecuación a derecho del mismo.

La figura de la revocatoria consagrada en lo que interesa a la Sala para el caso bajo estudio, se halla en los artículos 69, 70 y 73 del Código Contencioso Administrativo que a continuación se transcriben:

“Artículo 69. Causales de revocación.

Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- “1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la ley;
- “2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
- “3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”.

“Artículo 70. Improcedencia. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa”.

“Artículo 73. Revocación de actos de carácter particular y concreto.

“Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

“Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

“Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión”.

Institución que por su naturaleza comporta el retiro del mundo jurídico de un acto y la extinción de sus efectos por motivos sobrevinientes aún cuando se hubieran expedido válidamente o por considerarse éste como irregular. La revocación es pues, una manifestación de poder del Estado, que se concreta en la competencia reconocida al funcionario que expidió el acto o, a su superior jerárquico, competencia que debe adecuarse a las previsiones legales respectivas.

La posibilidad de que la Administración revoque sus propias decisiones encuentra en el ordenamiento positivo colombiano dos fuentes para su ejercicio, a saber, la petición del interesado o de oficio y atendiendo las causales consagradas en el Código Contencioso Administrativo.

La institución en comento no es considerada *estricto sensu* un recurso para el particular, y por ello el Código Contencioso Administrativo la trata como "petición de revocación" para corregir decisiones manifiestamente contrarias a la ley, o al interés público; así mismo representa para el funcionario el medio y la ocasión para enmendar errores propios o de sus dependencias siempre que se den las causales legales y con el consentimiento expreso del administrado cuando con el acto se haya creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría.

No procede la revocatoria cuando el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa, o cuando se haya acudido a la justicia administrativa y ésta haya proferido auto admisorio de la demanda.

Se establece a su vez como excepción a la obligación de obtener el consentimiento del administrado para revocar, la evidencia de que el acto ocurrió por medios ilegales, lo cual requiere de una maniobra fraudulenta con o sin participación del funcionario para producir un acto manifiestamente ilegal, contrario al interés público o social o que perjudique a una persona.

Examinada la actuación administrativa, para la Sala está claro que la competencia de la demandante para liquidar oficiosamente el impuesto se cumplió plenamente y corresponde a las decisiones integradas por la liquidación oficial y aquellas que resolvieron los recursos las cuales una vez notificados y ejecutoriados adquieren firmeza dando así certeza al particular respecto de su posición en relación con la potestad impositiva del Estado.

En conclusión, es indiscutible que los actos acusados son de naturaleza singular y concreta y por ende debe analizarse si éstos ocurrieron por medios ilegales o no, de no cumplirse este requisito habrá de declararse la nulidad de los mismos por falta de expreso consentimiento de la actora.

SECCION CUARTA

La Administración en la oportunidad de la liquidación oficial y con ocasión de los recursos tenía pleno conocimiento de los hechos que ahora invoca como fraudulentos a saber: cambio de domicilio a la ciudad de Bello, domicilio de algunos clientes en la ciudad de Medellín, la realización de actividades comerciales por intermedio de la firma Consautos S. A. hechos que requieren ser probados dentro de principios como el debido proceso y derecho de contradicción para que se les pueda dar relevancia jurídica, es decir, para que dejen de ser una presunción y adquieran certeza. Procedimiento que no aparece claro en el expediente y que por lo mismo descalifica la ilegalidad invocada por la Administración al afirmar que el acto se obtuvo por medios ilegales.

Finalmente encuentra la Sala acertada la apreciación del *a quo*, al considerar que la solicitud hecha por el demandante de modificación de la cuenta manual del impuesto liquidado oficialmente, no debe tenerse como expresa manifestación de su consentimiento para que la Administración procediera a la revocatoria directa de los actos que determinaron el impuesto de industria y comercio del año gravable 1986, vigencia 1987.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, considerando que la providencia de primera instancia merece ser confirmada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. *Confírmase*, la sentencia de 28 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso radicado con el número 900647.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sección. *Guillermo Chahín Lizcano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Jaime Abella Zárate*.

Jorge A. Torrado, Secretario.

REPRODUCCION DE NORMA INEXEQUIBLE / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Una aproximación tangencial al artículo 243 de la Constitución nos indica que la prohibición en él consagrada, se refiere a la reproducción del contenido material de un acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, aspecto que para tener en cuenta el estudio de la suspensión, debe hallarse en la sentencia referida en relación con la norma superior invocada como violada de la Corte Constitucional, de manera explícita enumera las razones de la declaratoria de inexecutable las cuales no tuvieron que ver con el estudio de fondo del decreto impugnado. De otra parte no se observa que el gobierno desconozca el valor de cosa juzgada constitucional de la sentencia citada, pues al expedir el Decreto 2075 invocó las facultades consagradas en el artículo 189, 11.20 de la Carta Política. Decreta la suspensión provisional de: a) La expresión, “entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el aumento de capital...”, contenida en los artículos 15.1 15.2 del Decreto 2075 de 1992; b) El artículo 30 del Decreto 2075 de 1992, en su integridad cuyo texto es: “Para efectos tributarios, los métodos de valuación de inventarios permitidos son: UEPS (últimas en entrar primeros en salir). PEPS (primeras en entrar primeras en salir) y promedio”.

AJUSTES POR INFLACION / PATRIMONIO LIQUIDO - Ajustes / METODOS DE VALUACION DE INVENTARIO / FACULTAD IMPOSITIVA / POTESTAD REGLAMENTARIA

El artículo 347-1 del Estatuto Tributario sobre los ajustes al patrimonio líquido que ha sufrido disminuciones o aumentos durante el año, en su numeral 1º consagra que los ajustes por las disminuciones o aumentos del patrimonio se efectuarán desde la

SECCION CUARTA

fecha de ocurrencia del aumento o disminución, mientras que la norma acusada prevé que los ajustes se harán desde el primer día del mes siguiente a la fecha del aumento o disminución, cuestión que corresponde precisar únicamente al legislador y no al ejecutivo mediante la expedición de un decreto reglamentario. El artículo 450 del Código de Comercio defiere a la legislación fiscal establecer los métodos de valuación de inventarios, precepto que bien entendido no otorga al gobierno competencia para preverlos, argumento suficiente para suspender el artículo 30 del Decreto 2975 de 1992 y promedio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Ref.: Expediente número 4632.

Actor: Isidoro Arévalo Buitrago.

Nulidad y suspensión provisional del Decreto Reglamentario número 2075 del 23 de diciembre de 1993 expedido por el Gobierno Nacional. Auto.

El señor Isidoro Arévalo Buitrago, actuando en nombre propio y en su condición de ciudadano, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que previos los trámites legales pertinentes se declare:

“Que el señor Presidente de la República o el Gobierno Nacional, no pueden expedir normas sustantivas o adjetivas de derecho, ni reproducir normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional al amparo del numeral 20 del artículo 189 de la Constitución Política”.

Igualmente que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto Reglamentario 2075 de diciembre 23 de 1992, así:

“1. La palabra ‘Fiscal’, calificativo que se le dio a la cuenta de ‘Corrección monetaria’, contenida en los artículos 4º, 7º, 8º, 10, 13, 15, 16 y 17.

“2. Del artículo 5º, las palabras ‘terrenos’ y ‘edificios’.

“3. Del inciso segundo, literal c) del artículo 6º, la nulidad de la expresión ‘...pero los conceptos que comprende el segundo factor y su ajuste no darán lugar a depreciación, amortización o agotamiento...’.

“4. Del artículo 7º, las siguientes expresiones:

“Del inciso segundo, la expresión ‘...así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos, con excepción de aquellos que tengan una forma particular de ajuste...’.

“Los incisos cuarto y quinto, en su totalidad.

“5. Del artículo 8º:

El numeral 3º, en su totalidad.

Del párrafo, la expresión ‘...los cargos diferidos no monetarios que no estén en condiciones de generar ingresos o de ser enajenados...’.

“6. Del inciso primero del artículo 14, las expresiones ‘tales como...’ y ‘valorizaciones’.

“7. Del artículo 15, las siguientes expresiones:

“Del numeral 1º, las expresiones... ‘entre el primer día del mes siguientes a aquel en el cual se efectuó el aumento de capital...’, y ‘...Este ajuste constituye un mayor valor de patrimonio líquido y un débito en la cuenta corrección monetaria fiscal’.

“Del numeral 2º, la expresión ‘...entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el reparto la disminución...’ y ‘...Este ajuste constituye un menor valor del patrimonio líquido y un crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal’.

“8. Del inciso primero del artículo 18, la palabra ‘fiscales’.

“9. Del inciso primero del artículo 21, la expresión: ‘en este decreto’.

“10. Los artículos 30, 31, 32 y 33, en su totalidad”.

Solicita además el actor la suspensión provisional de las normas acusadas del Decreto 2075 de 1992, con base en las razones que se sintetizan a continuación:

Manifiesta violación de normas de jerarquía superior y por haber reproducido partes del Decreto 294 de 1991, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia No. C-608 de diciembre 14 de 1991 expediente D-69, violando así el artículo 243 de la Constitución Política y el artículo 21 del Decreto-ley 2067 de 1991.

Violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

SECCION CUARTA

Violación de los artículos 113, 114, 121 y 150 de la Constitución, por ejercicio de la función legislativa, la cual es privativa del Congreso de la República.

ACTO ACUSADO

1. Artículo 4º Decreto 2075 de 1992 cuenta de corrección monetaria.

“El sistema integral de ajustes por inflación se aplicará en forma anual, mensual, a opción del contribuyente; para lo cual se deberá llevar una cuenta de corrección monetaria fiscal, en la que se efectuarán los registros débitos y créditos correspondientes”.

Norma declarada inexecutable y reproducida:

Inciso segundo artículo 10, Decreto 2911 de 1991.

“Los sujetos obligados a aplicar el sistema de ajustes integrales por inflación deberán llevar una cuenta de corrección monetaria fiscal...”.

Normas violadas.

Artículo 243 de la Constitución Nacional.

“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de base para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Artículo 21, Decreto 2067 de 1991.

“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento por todas las autoridades y los particulares”.

Artículo 348 Estatuto Tributario, modificado por el artículo 13 Decreto 1744 de 1991.

“Los contribuyentes a quienes se aplican los ajustes previstos en este decreto, deberán llevar una cuenta de resultado denominada ‘Corrección monetaria’, en la cual se deben efectuar los registros débitos y créditos correspondientes”.

2. Artículo 6º inciso segundo literal c), Decreto 2075 *ibidem*.

“Los dos factores a que se refiere el presente artículo, serán la base de partida para efectuar los ajustes por inflación, pero los conceptos que comprende el segundo factor y su ajuste no darán lugar a depreciación, amortización y agotamiento, sin perjuicio de que el contribuyente pueda tenerlos en cuenta para determinar la utilidad o pérdida al momento de la enajenación de los bienes”.

Normas violadas.

Artículo 133, Estatuto Tributario.

“A partir del año gravable de 1992, los contribuyentes que deben aplicar los ajustes contemplados en el Título V del presente libro, calcularán la depreciación en la forma allí prevista”.

Artículo 353, Estatuto Tributario.

“A partir de 1992, los activos adquiridos con anterioridad a tal año, se ajustaron de acuerdo con las normas del presente título, tomando como base el valor patrimonial de los mismos a 31 de diciembre de 1991”.

Artículo 332.4, Estatuto Tributario.

“Cuando se trate de bienes depreciables, agotables o amortizables, la deducción por depreciación o amortización en el año se determina sobre el valor del bien, una vez ajustado de acuerdo con el P.A.A.G. En este caso, se deberán mostrar por separado en los estados financieros el valor del bien ajustado por inflación y las respectivas depreciaciones o amortizaciones acumuladas. Estas últimas también serán objeto de ajuste de acuerdo con el P.A.A.G.”.

3. Artículo 7º, inciso segundo, Decreto 2075 *ibidem*.

“...‘Las compras de mercancías o inventarios, así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos, con excepción de aquellos que tengan una forma particular de ajuste, que se realicen en el año gravable, se deberán ajustar en la proporción del P.A.A.G. que se indica a continuación:...’”.

Inciso cuarto.

“Sobre la misma partida no se podrá realizar un doble ajuste. Esta norma deberá tener en cuenta para los traslados de inventarios durante el proceso productivo”.

Inciso quinto.

SECCION CUARTA

“El inventario final y el costo de ventas deberán reflejar los ajustes correspondientes según el método de valuación que se utilice”.

Normas declaradas inexecutable y reproducidas.

Incisos segundo, cuarto y quinto del Decreto 291 de 1991:

“Las compras de activos movibles que se realicen en el año, así como los demás factores que hagan parte del costo de los productos o mercancías, con excepción de aquellos que tengan una forma particular de ajuste, se deberán ajustar por el P.A.A.G. mensual acumulado”.

“Sobre una misma partida no se podrá realizar un doble ajuste. Esta norma se deberá tener en cuenta para los traslados de inventarios durante el proceso productivo”.

“El inventario final y el costo de ventas deberán reflejar los ajustes correspondientes según el método de valuación que se utilice”.

Normas violadas.

Artículo 243 de la Constitución Nacional y artículo 21 Decreto-ley 2067 de 1991 ya transcritos.

Artículo 333-1 Estatuto Tributario, adicionado por el Decreto 1744 de 1991.

Ajuste a las compras de mercancías o inventarios.

“Las compras de mercancías o inventarios que se realicen en el año gravable, se deberán ajustar en la proporción del P.A.A.G. que se indica a continuación, salvo que se opte por el ajuste mensual.

“Como contrapartida a estos ajustes, se deberá registrar un crédito a la cuenta de corrección monetaria”.

4. Artículo 8º numeral 3º Decreto 2075 *ibidem*. Ajuste a otros activos monetarios:

“3. Para los activos enajenados durante el año, su costo de adquisición se incrementará con el resultado que se obtenga de multiplicar dicho costo por la parte proporcional del P.A.A.G. anual que corresponda a los meses transcurridos entre el 1º de enero del año o en el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó la compra, si fue adquirido durante el año y el último día del mes en el cual se efectuó su enajenación; como contrapartida se registrará un crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal”.

Parágrafo del artículo 8º, Decreto 2075 *ibidem*.

“Parágrafo. En el caso de las construcciones en curso, los cultivos de mediano y tardío rendimiento en período improductivo, los programas de ensanche y los cargos diferidos no monetarios que no estén en condiciones de generar ingresos o de ser enajenados, el ajuste se realizará siguiendo las reglas señaladas para estos activos, en las normas que regulan el sistema de ajuste por inflación en materia contable”.

Norma declarada inexecutable y reproducida.

Artículo 14, numeral 3º, Decreto 2911 de 1991.

“3. Para los activos enajenados durante el año, su costo se incrementará con el resultado que se obtenga de multiplicar el costo fiscal del bien por el P.A.A.G. mensual acumulado, entre el 1º de enero del año o el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó la compra, si fue adquirido durante el año, y el último día del mes en el cual se efectuó su enajenación; como contrapartida se registrará un crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal”.

Normas violadas.

Artículo 243 de la Constitución Nacional y artículo 21 Decreto-ley 2067 de 1991, antes transcritos.

Artículo 342 del Estatuto Tributario.

“Ajuste del costo de ventas de activos fijos enajenados en el año. El costo de ventas de los activos fijos enajenados en el año se podrá ajustar en la parte proporcional del P.A.A.G. que corresponda al número de meses de posesión del activo en el año”.

5. Artículo 14, Decreto 2075 *ibidem*.

“Del patrimonio líquido sometido a ajuste, se debe excluir el valor patrimonial neto correspondiente a activos tales como ‘good-will’, ‘know-how’, valorizaciones y demás intangibles que sean estimados o que no hayan sido producto de una adquisición efectiva”.

Normas violadas.

Artículo 243 de la Constitución Nacional y artículo 21 Decreto-ley 2067 de 1991, antes transcritos.

Artículo 346 del Estatuto Tributario.

SECCION CUARTA

Inciso primero.

“Valores a excluir del patrimonio líquido.

“Del patrimonio líquido sometido a ajuste se debe excluir el valor patrimonial neto de los activos correspondientes ‘good-will’, y ‘know-how’ y demás intangibles que sean estimados por el contribuyente, o que no hayan sido producto de una adquisición efectiva”.

6. Artículo 15 numerales 1º y 2º, Decreto 2075 *ibidem*.

“1. Los aumentos de capital efectuados durante el año... se ajustarán con el resultado que se obtenga de multiplicarlos por la parte proporcional del P.A.A.G. anual que corresponda a los meses transcurridos entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el aumento de capital y el 31 de diciembre del respectivo año gravable.

“Este ajuste constituye un mayor valor del patrimonio líquido y un débito en la cuenta corrección monetaria fiscal”.

“2. La distribución en efectivo, de dividendos o utilidades de ejercicios anteriores, así como las eventuales disminuciones que se hayan efectuado durante el ejercicio.... se incrementarán con el resultado que se obtenga de multiplicar dichos valores la parte proporcional del P.A.A.G. anual que corresponda a los meses transcurridos entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el reparto o la disminución y el 31 de diciembre del respectivo año gravable. Este ajuste constituye un menor valor del patrimonio líquido y un crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal”.

Normas declaradas inexecutable y reproducidas.

Artículo 23, numerales 1º y 2º Decreto 2911 de 1991.

“1. Los aumentos de patrimonio... se ajustarán con el resultado que se obtenga de multiplicarlos por el P.A.A.G. mensual acumulado entre el primer día del mes siguiente a aquél, en el cual se efectuó el aumento del capital o del patrimonio y el 31 de diciembre del respectivo año. Este ajuste hará parte del patrimonio fiscal y como contrapartida se registrará un débito en la cuenta corrección monetaria fiscal”.

“2. La distribución ... implicará un ajuste equivalente al resultado de multiplicar dichos valores por el P.A.A.G. mensual acumulado entre el primer día del mes siguiente a aquél en el cual se efectuó el reparto, la disminución o la readquisición y el 31 de diciembre del respectivo año.

Este ajuste se hará del patrimonio fiscal y como contrapartida se acreditará la cuota corrección monetaria fiscal”.

Normas violadas

El artículo 24 de la Constitución Nacional y artículo 21 Decreto-ley 2067 de 1991, antrascriptos.

Artículo 347, literales 1º y 2º del Estatuto Tributario modificados por el artículo 12 del Decreto 1744 de 1991.

“1. Los aumentos de capital efectuados durante el año... se ajustarán de acuerdo con el P.A.A.G., en la parte proporcional del año que equivalga al número de meses transcurridos entre la fecha del aumento del capital y el 31 de diciembre del respectivo año.

“Este ajuste se contabilizará debitando la cuenta de corrección monetaria y acreditando la cuenta de revalorización del patrimonio”.

“2. La distribución de dividendos o utilidades de años anteriores, así como las eventuales disminuciones que se hayan efectuado durante el año gravable... registrarán un ajuste equivalente al resultado de multiplicar dicha disminución por el P.A.A.G., en la parte proporcional del año que equivalga al número de meses transcurridos entre la fecha de la disminución del capital y el 31 de diciembre del respectivo año. Este ajuste se registrará debitando la cuenta de revalorización de patrimonio y acreditando la cuenta de corrección monetaria...”.

Artículo 35, inciso tercero, Estatuto Tributario, modificado por el artículo 11 Decreto 1744 de 1991.

“La cuenta de revalorización del patrimonio forma parte del patrimonio de los años siguientes, para efectos del cálculo a que se refiere el inciso anterior. El valor reflejado en esta cuenta no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas, hasta tanto se liquide la empresa o se capitalice tal valor de conformidad con lo previsto en el artículo 363 del Estatuto Tributario, en cuyo caso se distribuirá como un ingreso no gravado con el impuesto sobre la renta y complementarios”.

7. Artículo 18, Decreto 2075 *ibidem*, compensación de pérdidas.

“Las pérdidas fiscales realizadas al finalizar un ejercicio gravable se podrán compensar con la renta de los cinco años siguientes...”.

Norma declarada inexecutable y reproducida.

SECCION CUARTA

Artículo 26, Decreto 2911 de 1991.

“Las pérdidas fiscales realizadas al finalizar un ejercicio gravable se podrán compensar con la renta de los cinco años siguientes...”.

Normas violadas.

El artículo 243 de la Constitución Nacional y artículo 21 Decreto-ley 2067 de 1991 antes transcritos.

Artículo 351, Estatuto Tributario.

“*Compensación de pérdidas.* Las pérdidas registradas al finalizar un ejercicio gravable, se podrán compensar con las utilidades de los cinco años siguientes...”.

8. Artículo 21, inciso primero, Decreto 2075 *ibidem*.

Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

“Por los años gravables de 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este decreto y que el inicio de cada año presenten un patrimonio líquido inferior a la sumatoria que a la misma fecha tenga el costo fiscal de los activos no monetarios... tendrán derecho a una deducción teórica que se determina así...”.

Normas violadas.

Artículo 329, párrafo 2º, Estatuto Tributario.

“Lo dispuesto en este libro es aplicable a los contribuyentes sometidos a este sistema de ajuste, en cuanto no sea contrario a lo dispuesto en este título”.

Artículo 354, Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 15 del Decreto 1744 de 1991.

“*Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.* Por los años gravables de 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996 los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este título, y que al inicio de cada año presenten un patrimonio líquido inferior a la sumatoria de los activos no monetarios ...tendrán derecho a una deducción teórica, que se determina así...”.

9. Artículo 30, Decreto 2075 *ibidem*. Métodos de valuación de inventarios.

“Para efectos tributarios los métodos de valuación de inventarios permitidos son: UEPS (últimas en entrar primeras en salir), PEPS (primeras en entrar primeras en salir) y *promedio*”.

Normas violadas.

Artículo 62.3, Estatuto Tributario. Sistema para establecer el costo de los activos móviles enajenados.

“El costo de la enajenación de los activos movibles debe establecerse con base en algunos de los siguientes sistemas:

“3. Cualquier otro sistema de reconocido valor técnico dentro de las prácticas contables, autorizado por la Dirección General de Impuestos Nacionales”.

“El inventario de fin de año o período gravable siguiente, es el inventario inicial del año o período gravable siguiente”.

Artículo 450 inciso final, del Código de Comercio.

“Los inventarios se valuarán de acuerdo con los métodos permitidos por la legislación fiscal”.

10. Artículo 31, Decreto 2075 *ibidem*. Forma de ajustar los inventarios.

“El ajuste por inflación de los inventarios se podrá hacer de manera individual o global por grupos homogéneos de bienes de características similares”.

Normas violadas.

Artículo 333, Estatuto Tributario, modificado por el artículo 4º del Decreto 1744 de 1991.

“*Ajuste de los inventarios*. Los activos movibles o inventarios poseídos el último día del año inmediatamente anterior al gravable se deberán ajustar por el P.A.A.G. Como contrapartida se deberá registrar un crédito a la cuenta de corrección monetaria”.

Artículo 333-1, Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 5º del Decreto 1744 de 1991.

“*Ajuste de las compras de mercancías o inventarios*. Las compras de mercancías o inventarios, que se realicen en el año gravable, se deberán ajustar en la proporción del P.A.A.G. que se indica a continuación, salvo que se opte por el ajuste mensual...”.

SECCION CUARTA

“Como contrapartida a estos ajustes se deberá registrar un crédito a la cuenta de corrección monetaria”.

11. Artículo 32, Decreto 2075 *ibidem*.

“Para efectos fiscales el ajuste por inflación se podrá realizar tomando como base los ajustes contables mensuales o anuales que se hayan practicado, con las conciliaciones a que haya lugar”.

Normas violadas.

Artículo 330, Estatuto Tributario, modificado por el artículo 1º del Decreto 1744 de 1991.

“*Efectos contables y fiscales del sistema de ajustes integrales.* El sistema de ajustes integrales por inflación a que se refiere el presente título produce efectos para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes...”.

Artículo 348 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 13 del Decreto 1744 de 1991.

“*Cuenta corrección monetaria.* Los contribuyentes a quienes se aplican los ajustes previstos en este título, deberán llevar una cuenta de resultado denominada corrección monetaria, en la cual se deben efectuar los registros débitos y créditos correspondientes”.

Artículo 350 del Estatuto Tributario, utilidad o pérdida por exposición a la inflación.

“...Las partidas contabilizadas como crédito en la cuenta de corrección monetaria, menos los respectivos débitos registrados en dicha cuenta constituyen la utilidad o pérdida por exposición a la inflación para efectos del impuesto sobre la renta.

“La aplicación del ajuste integral por inflación, requerirá que las partes a que se refiere este artículo sean reflejadas en el estado de pérdidas y ganancias”.

12. Artículo 33, Decreto 2075 *ibidem*. Especialidad en la aplicación de normas tributarias.

“Para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, serán aplicables las normas contables, salvo que exista disposición tributaria, en cuyo caso priman estas últimas”.

Norma declarada inexecutable y reproducida.

Artículo 8º, Decreto 2911 de 1991.

“...Para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, serán aplicables las normas contables, salvo que exista disposición tributaria, en cuyo caso priman estas últimas”.

Normas violadas.

Artículo 243 de la Constitución Nacional, artículo 21, Decreto-ley 2067 de 1991, antes transcritos.

Artículo 338, inciso primero de la Constitución Nacional.

“En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”.

Artículo 330. Estatuto Tributario, modificado por el artículo 1º, Decreto 1744 de 1991.

“...El sistema de ajustes integrales por inflación a que se refiere el presente título produce efectos para determinar el impuesto de renta y complementario y el patrimonio de los contribuyentes...”

“Para efectos de la contabilidad comercial, también se utilizará a partir de 1992 el sistema de ajustes integrales por inflación, de acuerdo con lo previsto en este título”.

13. Artículo 5º, Decreto 2075 *ibidem*. Ajustes a efectuar. Numeral 2.

“2. Ajuste de los demás activos no monetarios; esto es, aquellos que son susceptibles de adquirir un mayor valor nominal por efecto del demérito del poder adquisitivo de la moneda, tales como ...terrenos, edificios...”.

Norma declarada inexecutable y reproducida.

Artículo 11, del Decreto 2911 de 1991, numeral 2.

“2. Ajuste de los demás activos no monetarios, esto es, aquellos que son susceptibles de adquirir un mayor valor nominal por efecto de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, tales como ...terrenos, edificios...”.

Normas violadas.

SECCION CUARTA

Artículo 317 de la Constitución Nacional.

“Artículo 317. Sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización”.

Artículos 243, Constitución Nacional y 21 Decreto-ley 2067 de 1991, antes transcritos.

CONSIDERACIONES:

Examinada la demanda y sus anexos, se encuentra que ésta cumple con los requisitos señalados en los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y por lo mismo habrá de admitirse.

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo prevé los requisitos para que proceda la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo, aspecto que examina la Sala a continuación.

La solicitud de suspensión provisional, se presentó con la demanda y fue sustentada conforme lo prevé la norma antes mencionada (ver folios 52 y ss).

En segundo lugar debe aparecer manifiesta la violación de las normas que sirvieron de fundamento el acto demandado, precepto respecto del cual, esta Corporación ha dicho de manera reiterada que tal violación debe surgir *prima facie*, sin que sean necesarios profundos análisis o complejas reflexiones para poder establecerla.

El ciudadano demandante al sustentar la solicitud de suspensión provisional, manifiesta en el orden en que se presentan las presuntas infracciones, lo siguiente:

1. El artículo 4º del Decreto 2075 de 1992, reproduce la norma declarada inexecutable y cambia el nombre de la cuenta, así: “corrección monetaria”, por “corrección monetaria fiscal”.

Procede la Sala a exponer su punto de vista en relación con el alcance y aplicación de los artículos 243 de la Carta y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Reclama el demandante la suspensión provisional de los efectos jurídicos de varios preceptos del Decreto 2075 de 1992, por considerarlos como reproducción del Decreto 2911 de 1991, declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

Una aproximación apenas tangencial al artículo 243 de la Constitución nos indica que la prohibición en él consagrada, se refiere a la reproducción del

contenido material de un acto jurídico declarado inexecutable por *razones de fondo*. Aspecto que para tener en cuenta en el estudio de la suspensión, debe hallarse en la sentencia referida en relación con la norma superior invocada como violada.

El actor invoca la sentencia No. C 608 de fecha 14 de diciembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Jaime Sanín Greiffestein, de la Corte Constitucional, providencia que de manera explícita, enumera las razones de la declaratoria de inexecutable, las cuales no demandaron del juzgador un estudio del contenido del articulado del Decreto 2911 de 1991, y de la cual se citan a continuación argumentos de su parte motiva:

“Sin embargo, advierte la Corte que el Decreto 2911 de 1991, expedido el 30 de diciembre de 1991, es inconstitucional porque las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 25 de la Ley 49 de 1990, disposición que sirvió de fundamento al Gobierno para expedirlo, ya habían sido utilizadas o ejercidas por el Presidente de la República, desde el 4 de julio de 1991, fecha en la que profirió el Decreto número 1744”.

En relación con el ejercicio de las competencias extraordinarias otorgadas al ejecutivo por el Congreso, la Corte dijo:

“La Corte, sin embargo, considera que el Presidente, dentro del término legal sólo puede ejercerlas por una vez, de modo que al expedir el correspondiente decreto-ley agota su cometido”.

En conclusión, las razones de la declaratoria de la inexecutable no tuvieron que ver con el estudio de fondo del decreto impugnado.

De otra parte, no se observa que el Gobierno desconozca el valor de cosa juzgada constitucional de la sentencia citada, pues al expedir el Decreto 2075 invocó las facultades consagradas en el artículo 189, 11.20 de la Carta Política.

El anterior razonamiento debe tenerse como válido para todos los casos en que se invocan las normas analizadas en relación con la suspensión solicitada por el demandante.

Con fundamento en lo antes señalado, la Sala procede a comparar la norma acusada con el artículo 348 del Estatuto Tributario y aunque encuentra en la denominación de la cuenta corrección monetaria el adjetivo “fiscal”, como elemento nuevo no puede predicarse sin recurrir a conceptos fiscales y contables que con él, se varía el alcance del precepto reglamentado, actividad que exigiría un ejercicio reflexivo atípico a la institución de la suspensión y de

SECCION CUARTA

habitual uso en el pronunciamiento que pone fin al proceso, razones suficientes para considerar improcedente la suspensión pedida.

2. Artículo 6º, inciso 2º, literal c) Decreto 2075 *ibidem*.

Comparado el precepto acusado, con las supuestas normas infringidas del Estatuto Tributario, para la Sala, no resulta inmediata la contradicción, debiendo entrar en disquisiciones que exigen nociones conceptuales que no surgen de los actos demandados, además de la necesidad de recurrir a numerosos preceptos para el estudio respectivo. Como esta práctica no corresponde a la naturaleza de la suspensión provisional, se estima improcedente la solicitud respectiva.

3. Artículo 7º, incisos 2º, 4º y 5º, Decreto 2075 *ibidem*.

Para todos los casos en los que el demandante invoca la violación de los artículos 243 de la Carta y 21 del Decreto 2067 de 1991, la Sala se remite a lo expresado en el numeral 1º. Razón por la cual se procede en este punto a estudiar las demás normas supuestamente infringidas.

De la comparación del inciso 2º, artículo 7º, citado, con el artículo 333-1 del Estatuto Tributario adicionado por el Decreto-ley 1744 de 1991, se deduce que el Gobierno, introdujo la expresión, “así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos, con excepción de aquellos que tengan una forma particular de ajuste...”.

Aunque aparentemente el precepto del Estatuto Tributario dispone ajustar únicamente las compras de mercancías e inventarios, sin incluir los factores previstos en el acto acusado, no puede dársele prosperidad a la suspensión provisional por la razón de que la expresión acusada pudiera tener sustento en otras normas del Estatuto Tributario que de manera general regulan lo atinente a la determinación de los costos de los bienes muebles y a la definición del concepto de inventarios.

4. Artículo 8º, numeral 3º, Decreto 2075 *ibidem*.

En relación con la supuesta infracción del artículo 243 de la Carta y artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, la Sala se remite a lo dicho en el numeral 1º.

Comparada la norma acusada con el artículo 342 del Estatuto Tributario, observa la Sala, que este precepto se tituló “ajuste al costo de ventas de activos fijos enajenados en el año”, mientras que el artículo 8.3 del Decreto 2075 *ibidem*, se titula “ajuste a otros activos monetarios”. Ha

de tomarse en cuenta, que principales rubros del activo en el balance son activos corrientes, activos fijos y activos diferidos, aspectos que obligan a concluir en atención a las reglas de interpretación de la ley, que el artículo 342 del Estatuto Tributario por tratar de manera especial el tema de los activos fijos conserva su vigencia, aspecto que junto con lo antes expuesto conporta la improcedencia de la suspensión pedida.

5. Artículo 14 del Decreto 2075 *ibidem*. Valores a excluir del patrimonio líquido.

En cuanto a la infracción de los artículos 243 de la Carta y 21 del Decreto 2067 de 1991, la Sala se remite a lo expuesto en el numeral 1º.

Examinando la infracción del inciso 1º del artículo 346 del Estatuto Tributario, para la Sala la expresión “tales como” en la norma acusada es equivalente con la que dice “correspondientes a” en el artículo 346 referido, además contempla las mismas posibilidades en cuanto a activos a excluir del patrimonio para efectos de los ajustes, sin que con la presentación enunciativa del precepto se limiten las facultades otorgadas por el Estatuto Tributario al contribuyente. Por las razones expuestas no procede la suspensión pedida.

6. Artículo 15 numerales 1º y 2º del Decreto 2075 *ibidem*.

Ajustes al patrimonio líquido que ha sufrido aumentos o disminuciones en el año.

En cuanto a los artículos 243 de la Carta y 21 del Decreto 2067 de 1991, invocados como infringidos, la Sala se remite a lo expresado en el numeral 1º.

Se procede a efectuar cotejo del acto acusado, con los preceptos del Estatuto Tributario presuntamente infringidos:

El artículo 347.1 del Estatuto Tributario sobre los ajustes al patrimonio líquido que ha sufrido disminuciones o aumentos durante el año, en su numeral 1º, consagra que los ajustes por las disminuciones o aumentos del patrimonio se efectuarán desde la fecha de ocurrencia del aumento o disminución, mientras que la norma acusada prevé que los ajustes se harán desde el primer día del mes siguiente a la fecha del aumento o disminución, cuestión que para la Sala, corresponde precisar únicamente al legislador y no al ejecutivo mediante la expedición de un decreto reglamentario, el cual introduce un mecanismo nuevo para la práctica de los ajustes, lo que hace procedente la suspensión.

SECCION CUARTA

En los demás aspectos cuya suspensión se reclama, la Sala considera que ésta no procede ya que demandan un estudio que supera la simple comparación, es decir, no surge como palmaria la infracción, razón por la cual habrá de estudiarse de fondo al momento de fallar.

7. Artículo 18, Decreto 2075 *ibidem*. Compensación de pérdidas.

En relación con la supuesta infracción de los artículos 243 de la Carta y 21 del Decreto 2067 de 1991, la Sala se remite a lo expuesto en el numeral 1º.

Comparada la norma acusada con el artículo ... del Estatuto Tributario se encuentra una cualificación de la expresión pérdidas al decir fiscales, elemento nuevo pero que no permite concluir sin necesidad de análisis que se está variando el alcance de la norma reglamentadora y de consiguiente que la autoridad reglamentaria se excedió en el ejercicio de sus facultades, razones suficientes para que la Sala considere improcedente la suspensión pedida.

8. Artículo 21, Inciso 1º, Decreto 2075 *ibidem*. Gradualidad de la aplicación de los ajustes integrales.

Precepto que según afirmación del actor infringe el parágrafo 2º del artículo 329 y el artículo 354 del Estatuto Tributario, normas que una vez comparadas nos permiten establecer la siguiente diferencia: El acto acusado expresa "...los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este *decreto*..." (resaltado fuera de texto), y la norma invocada como infringida dice: "...los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este *título*..." (resaltado fuera de texto). El cambio se encuentra en las expresiones "este decreto" y "este título", mientras la primera se refiere a los ajustes conforme decreto acusado, la segunda hace relación al Estatuto Tributario. No obstante la planteada contradicción puede ser tan solo aparente y el resultado de una simple inadvertencia cuya suspensión resultaría por eso mismo, irrelevante.

9. Artículo 30, Decreto 2075, *ibidem*. Métodos de valuación de inventarios.

Normas invocadas como vulneradas, artículo 62.3 del Estatuto Tributario e inciso final del artículo 450 del Código de Comercio.

En este punto encuentra la Sala que no es posible efectuar comparación alguna con relación al artículo 62.3 del Estatuto Tributario, pues la norma

superior que se dice infringida, en nada se refiere a los métodos de valuación de inventarios, sino a la determinación del costo, los cuales hasta el momento no han sido previstos en el Estatuto Tributario. A su vez el artículo 450 del Código de Comercio defiere a la legislación fiscal establecer los mencionados métodos, precepto que bien entendido no otorga al Gobierno competencia para preveerlos, argumento suficiente para suspender provisionalmente los efectos del artículo acusado.

10. Artículo 31, Decreto 2075 *ibidem*. Forma de ajustar los inventarios.

Comparado el acto acusado, con la norma superior invocada como vulnerada, artículo 333 del Estatuto Tributario, no se tiene una impresión inmediata de contradicción, hecho que para la Sala, comporta un pronunciamiento precedido de análisis extensos y rigurosos, propios de la providencia que da fin al proceso, razones que atendidas de conformidad con la institución cautelar de la suspensión, implican la improcedencia de las mismas.

11. Artículo 32, Decreto 2075 *ibidem*. Ajustes contables y fiscales.

Normas invocadas como vulneradas, artículos 330, modificado por el artículo 1º del Decreto-ley 1744 de 1991 y 348, modificado por el artículo 13 del Decreto-ley 1744 del Estatuto Tributario.

La norma acusada a primera vista, sólo admite comparación con lo dispuesto en el artículo 330 del Estatuto Tributario, el cual se refiere a los efectos de los ajustes en relación con los impuestos de renta y complementarios y el patrimonio mientras el acto acusado afirma “para efectos fiscales...” expresión en la cual deben entenderse comprendidos los impuestos mencionados en el precepto del Estatuto Tributario y respecto del cual no se puede predicar en este momento la supuesta infracción de la norma superior, pues requiere un estudio detallado, argumentos que para la Sala son suficientes para no declarar la suspensión.

12. Artículo 33, Decreto 2075 *ibidem*. Especialidad en la aplicación de las normas tributarias.

En relación con la supuesta infracción de los artículos 248 de la Carta y 21 del Decreto-ley 2077 de 1991, la Sala se remite a lo expresado en el numeral primero.

Artículo 338 de la Constitución Nacional, no hay lugar a suspensión pues mientras el acto acusado expresa “...determinación del impuesto...”, la

SECCION CUARTA

norma superior enuncia "en tiempos de paz..., podrán imponer contribuciones fiscales". Conceptos que surgen obviamente como diferentes pues se trata de dos verbos con significados y alcances bien diversos.

De la comparación del acto acusado con los demás preceptos supuestamente infringidos no surge *prima facie* la contradicción, de consiguiente, para la Sala no procede la suspensión reclamada.

13. Artículo 5.2, Decreto 2075 *ibidem*. Ajustes a efectuar.

En relación con la supuesta infracción de los artículos 243 de la Carta y 21 del Decreto Legislativo número 2067 de 1991, la Sala se remite a lo expresado en el numeral primero.

Artículo 317, Constitución Nacional. Precepto referido a la facultad impositiva sobre la propiedad inmueble reconocida a los municipios. Norma que comparada con el acto acusado no permite a la Sala formarse una opinión inmediata de la supuesta infracción. No procede decretar la suspensión solicitada.

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

RESUELVE:

1. *Admítase* la demanda.
2. *Notifíquese* personalmente al agente del Ministerio Público.
3. *Notifíquese* personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado para recibir notificaciones.
4. *Fíjese* en lista por el término de cinco días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar práctica de pruebas.
5. *Solicítase* al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, el envío de los antecedentes administrativos. Se concede término de cinco días.
6. *Decrétase* la suspensión provisional de:
 - a) La expresión, "entre el primer día del mes siguiente a aquél en el cual se efectuó el aumento de capital...", contenida en los artículos 15.1, 15.2 del Decreto 2075 de 1992;
 - b) El artículo 30 del Decreto 2075 de 1992, en su integridad, cuyo texto es: "Para efectos tributarios, los métodos de valuación de inventarios

permitidos son: UEPS (últimas en entrar primeras en salir), PEPS (primeras en entrar primeras en salir) y *promedio*".

7. *Téngase* al ciudadano Isidoro Arévalo Buitrago como parte demandante.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia se discutió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala. *Jaime Abella Zárate,*
Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

**PRODUCCION AGROPECUARIA / ACTIVIDAD COMERCIAL -
Inexistencia / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO -
Improcedencia**

En lo relacionado con la actividad agropecuaria frente al impuesto de industria y comercio se ha declarado, que tratándose de cualquier proceso de producción bien sea éste primario, artesanal, manufacturero o industrial, sólo culmina cuando se efectúa la venta de los bienes producidos, cuando ésta se realiza por el productor a terceros. Por lo tanto, la venta de productos agropecuarios en estado natural o primario así tengan un proceso elemental de conservación y aprovechamiento, no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio pues no constituye actividad mercantil por expresa disposición del legislador que así lo previó en el artículo 23 numeral 4º del Código de Comercio. Distinto es el caso cuando la venta se hace por quien no es productor agropecuario, sino que compra los productos para luego revenderlos, evento en el cual realiza una actividad mercantil.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 12 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Ref.: Expediente número 4425.

NIT 90310633.

Apelación de la sentencia del 5 de agosto de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Industria y Comercio año gravable 1984. Vigencia 1985. Fallo.

Actora: Productora de Huevos Ltda., Prohuevos.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 5 de agosto de 1992,

mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad Productora de Huevos Ltda. "Prohuevos" NIT 90310633 contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria y comercio y sanción por inexactitud a cargo por el año gravable de 1984, vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad actora según relata en los hechos la demandada, tiene su domicilio principal en la ciudad de Cali y tiene ubicada su granja avícola en el Municipio de Candelaria, Valle, en donde comercializa su producción. En 1984 abrió una bodega en Bogotá y efectuó ventas por \$873.636, por lo que, al presentar la declaración del impuesto, excluyó las ventas en otros municipios.

Mediante la liquidación oficial 655 del día 29 de marzo de 1988, la Dirección Distrital de Impuestos le determinó el impuesto a cargo sobre la totalidad de los ingresos y le impuso sanciones de inexactitud y extemporaneidad, al considerar que la venta de productos agropecuarios por ella efectuada se realizaba dentro del territorio del Distrito Especial de Bogotá y que era actividad mercantil.

Contra dicha liquidación la actora recurrió en reposición y subsidiariamente en apelación ante la misma entidad administrativa, que mediante las Resoluciones números 539 de 1988 y 008 de 1989 confirmó la liquidación oficial.

LA DEMANDA

En desacuerdo con la decisión administrativa la sociedad actora acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusando al acto administrativo de incurrir en violación de los artículos 32 y 39 de la Ley 14 de 1983; 259 numeral 2º del Decreto 1333 de 1986, y 4º y 73 del Acuerdo 21 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda al considerar que siendo la actividad económica de la sociedad actora la de producción primaria avícola, tal actividad no estaba sujeta al impuesto de industria y comercio porque el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 mantuvo la prohibición de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria agrícola, ganadera y avícola, sin incluir en dicha

SECCION CUARTA

prohibición las fábricas de productos alimenticios o toda industria en donde exista proceso de transformación por elemental que éste sea; y así mismo el artículo 4º numeral 1º del Acuerdo 21 de 1983, acatando la norma superior no sujetó el impuesto de industria y comercio, la producción primara, agrícola, ganadera y avícola.

Que el hecho de que tales productos sean vendidos por la misma empresa productora, no convierte a la producción avícola en sujeto pasivo del impuesto, como la afirma la Administración porque ello, implicaría que la sociedad se viera obligada a consumir ella misma todos los huevos que produce.

LA APELACION

La entidad demandada mediante apoderado judicial, al apelar la sentencia dice no compartir el fallo del Tribunal porque a su juicio la actora realiza una actividad comercial en el Distrito Especial de Bogotá, al tenor de lo dispuesto por el artículo 8º del Acuerdo 21 de 1983, como lo admite la misma demandante, quien al presentar su declaración privada del impuesto de industria y comercio, denuncia que en el Distrito Especial de Bogotá realiza una actividad comercial y no productora, que ubica dentro del Código 201, tarifa 2 /oo como lo establece el artículo 22 del acuerdo 21 de 1983.

Que para excluir las ventas en otros municipios estaba obligada a presentar la prueba específica exigida por el parágrafo 1º del artículo 20 del acuerdo 21 de 1983, que no es otra, que las declaraciones y pago del impuesto en las municipios en donde ha ejercido su actividad, para demostrar que tenía razón.

Estima que la sanción por inexactitud debe mantenerse, por no haber demostrado el contribuyente, en la forma exigida, que los ingresos por la cuantía aludida, fueron obtenidos fuera de Bogotá.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la Corporación, solicita la confirmación de la sentencia apelada ya que comparte las apreciaciones del *a quo*, porque de acuerdo con reiterada jurisprudencia, cuando la actividad consiste en un proceso productivo primario, de él hace parte necesariamente su comercialización, y a esta etapa del ciclo no puede corresponder otro tratamiento tributario distinto al señalado por la ley para el producto materia de enajenación. Que demostrado que el negocio de la sociedad demandante consiste en producir y comercializar

los huevos, lejos de asimilarse tal actividad a un proceso complejo de transformación, representa una producción primaria, considerada así para efectos fiscales y expresamente exonerada en el artículo 39 numeral 2 de la Ley 14 de 1983, que prohíbe a los departamentos y municipios imponer gravámenes de cualquier clase y denominación sobre la prohibición primaria, agrícola, ganadera y avícola.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto relacionado con la actividad agropecuaria frente al impuesto de industria y comercio ha sido analizado por la Corporación en repetidas oportunidades en lo que ésta ha declarado, que tratándose de cualquier proceso de producción bien sea éste primario, artesanal, manufacturero o industrial, sólo culmina cuando se efectúa la venta de los bienes producidos, cuando ésta se realiza por el productor a terceros. Por lo tanto, la venta de productos agropecuarios en estado natural o primario así tengan un proceso elemental de conservación y aprovechamiento, no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio pues no constituye actividad mercantil por expresa disposición del legislador que así lo previó en el artículo 23 numeral 4º del Código de Comercio.

Distinto es el caso cuando la venta se hace por quien no es productor agropecuario, sino que compra los productos agrícolas y ganaderos para luego revenderlos, evento en el cual realiza una actividad eminentemente mercantil.

Precisamente refiriéndose a este tema precisó la Sala en sentencia de 5 de junio de 1992, Actor: Avícola La Sabana Ltda., proceso 3893.

HECHO GRAVADO

Con relación a este aspecto es interesante anotar que la Ley 29 de 1963, dejó vigente la prohibición a los municipios de gravar con impuestos las actividades relacionadas con la producción primaria agrícola y ganadera, prohibición que reitera el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y que consagra expresamente el Acuerdo 21 de 1983 en su artículo 4º, que dice:

“Actividades no sujetas

No están sujetas a los impuestos de Industria y Comercio y de Avisos, las siguientes actividades:

1º La producción primaria, agrícola, ganadera y avícola sin que se incluyan la fabricación de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que esta sea...”.

SECCION CUARTA

“Es de entender que tratándose de la producción primaria agrícola y ganadera, la cual comprende entre otras la avicultura, la enajenación que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados en su estado natural no constituye actividad comercial. En repetidas ocasiones esta Sala ha precisado que no puede independizarse la actividad productora sea industrial, ganadera o agrícola realizada por el contribuyente, de la venta de la misma para pretender derivar del acto de enajenación un hecho mercantil distinto de la actividad productora con el fin de someterlo al gravamen.

“Por lo tanto la venta que haga directamente a través de sus propios establecimientos el productor agrícola o ganadero no está sujeta al impuesto por prohibirlo expresamente la ley.

“Distinto es el caso de quien compra para revender dichos productos, que sí realiza un acto mercantil conforme con lo establecido por el artículo 20, numeral 1º del Código de Comercio, constituyéndose su actividad en comercial, sujeta al gravamen.

“También ha sido clara la Sala al considerar que el hecho de que un contribuyente no cumpla con su obligación tributaria en el municipio en donde realiza la actividad, en el supuesto que ella sea gravada, no autoriza ni transfiere competencia impositiva a otro municipio para determinarle sobre ella impuesto, pues la competencia de la entidad territorial está limitada a los hechos generadores del tributo, que se sucedan dentro de los límites de su propio territorio”.

Encuentra en consecuencia la Sala que la sentencia de primera instancia que aplica estrictamente las normas en relación con el hecho generador del tributo, en materia de impuesto de industria y comercio, debe ser aprobada. Así mismo debe serlo en cuanto levanta la sanción por inexactitud, ya que ésta, debido a la ausencia del hecho imponible, desaparece por sustracción de materia.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 7040 del 5 de agosto de 1992, objeto del recurso de apelación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.
Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala.*Consuelo Sarria Olcos,*
Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado, Secretario.

DECLARACION TRIBUTARIA - Corrección / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA FUNCIONAL

El procedimiento de corrección de errores de las declaraciones tributarias puede considerarse autónomo por la posibilidad de culminar en una liquidación de corrección (que debe expedirse a los 6 meses) o en una liquidación presunta (por silencio de la Administración en igual término) y el término para ejercer la facultad de revisión que también es de 6 meses se contará una vez cumplidos los 6 meses mencionados anteriormente. Generalmente estos casos tienen una cuantía determinada por el mayor o menor valor del impuesto que conlleve la corrección y eventualmente la sanción por subsanar errores. Pero también pueden darse casos de corrección de errores que no conllevan "cuantía" y que culminan no en una aplicación sino en una inadmisión, que son competencia del Consejo de Estado en única instancia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 15 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4689.

Actora: Empresa Auraluz y Cía. Ltda. Autoridades Nacionales.

El procedimiento de corrección de errores de las declaraciones tributarias pueda considerarse autónomo por la posibilidad de culminar en una liquidación de corrección (que debe expedirse a los 6 meses), en una liquidación presunta (por silencio de la Administración en igual término) y el término para ejercer la facultad de revisión que también es de 6 meses se contará una vez cumplidos los 6 meses mencionados anteriormente.

Generalmente estos casos tienen una cuantía determinada por el mayor o menor valor del impuesto que conlleve la corrección y eventualmente la

sanción por subsanar errores. Pero también pueden darse casos de corrección de errores que no conlleven "cuantía" y que culminen no en una aceptación, sino en una inadmisión mediante providencia susceptible de recurso y agotamiento de la vía gubernativa.

Como este parece ser el caso que se presentó en estas diligencias, es admisible la demanda calificada sin cuantía y por tanto de competencia del Consejo de Estado en única instancia, agotada como está la vía gubernativa por el Auto 06 de junio 30 de 1992 expedido por la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala Unitaria, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Admítase la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos inadmisorios de corrección de error de la declaración de Impoventas, 6º bimestre de 1989, de la sociedad Auraluz y Cía. Ltda. de la ciudad de Cali, NIT 800052476, entablada con base en el artículo 85 del C.C.A. por su apoderado el doctor Efraín Betancourt Zamorano a quien se le reconoce personería para actuar en este negocio.

En consecuencia, se dispone:

- a) Notifíquese personalmente al Procurador Delegado ante esta Corporación;
- b) Notifíquese personalmente al señor Director de Impuestos Nacionales o a su delegado para recibir notificaciones;
- c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;
- d) Solicítese al Administrador de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca, Cali, el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición de la Resolución 030 de febrero 7 de 1992 (División de Liquidación) y los Autos 010 de abril 30 de 1991 y 06 de junio 30 de 1992 (División Jurídica).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Deserción/CAUCION

El nuevo recurso extraordinario de revisión no es procedente toda vez que si bien es cierto que se interpuso dentro del término hábil de los dos (2) años establecidos en el artículo 187 del C. C. A. el anterior recurso extraordinario, interpuesto contra la misma sentencia fue declarado desierto por no haberse otorgado la caución fijada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Ref.: Expediente número S-287.

Recurso Extraordinario de Revisión. Auto.

Actor: Santa Fe Petroleum Services and Supple Corporation S. A.

El señor apoderado de la sociedad actora, Santa Fe Petroleum Services and Supple Corporation S.A., en escrito visible a folios 131 a 160 del expediente, presentado el 17 de septiembre de 1992, interpone nuevamente recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 1991, proferida por esta Sección en el expediente radicado con el número 2723.

ANTECEDENTES:

El señor apoderado mediante escrito presentado el 17 de septiembre de 1992 (folios 131 a 160), instaura nuevamente recurso extraordinario de revisión, manifestando que está dentro del término de los dos años a que hace referencia el artículo 187 del C.C.A. Refiere que el primer recurso de revisión interpuesto contra la misma sentencia por el memorialista como representante de la sociedad, fue declarado desierto por no haber prestado la caución que le fue fijada; error que atribuye a la Secretaría de la Sección Cuarta,

expresando que por una indebida o errada anotación de la fecha 13 de marzo de 1992 hecha en el libro radicator de la providencia que concedió el recurso, no tuvo conocimiento de que éste había sido concedido y el expediente enviado a la Secretaría General de la Corporación el 9 de abril de 1992, con el oficio número 542 (5 corregido a mano), pero tal movimiento fue anotado, erradamente, en el expediente número 2733 que no era, por supuesto, el suyo, por lo que según el recurrente, nunca supo que el recurso se estaba tramitando en la Secretaría General.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala estima que el nuevo recurso no es procedente, toda vez que, si bien es cierto, que se interpuso dentro del término hábil de los dos (2) años establecidos en el artículo 187 del C. C. A. (Decreto 2304 de 1989) el anterior recurso extraordinario de revisión, interpuesto contra la misma sentencia fue declarado desierto por no haberse otorgado la caución fijada por el Consejero Sustanciador.

Sobre el tema relativo a la posibilidad o no de una nueva demanda, de revisión cuando la que primero se presentó se declaró desierta, existen los criterios que a continuación se exponen:

a) Uno pro hijado por el doctor Héctor Morales Molina y acogida por la Corte en auto de cuatro de abril de 1978, con ponencia del entonces magistrado de la Sala de Casación Civil doctor Humberto Murcia Ballén, en un caso similar en el que tampoco se otorgó la caución señalada para el trámite del recurso de revisión, en la cual la Corte expuso su criterio así:

“Si bien el término establecido por la ley para proponer la revisión no se ha extinguido aún, sí caducó por su completo vencimiento la oportunidad determinada para cumplir el requisito de la garantía”. Como efecto de este incumplimiento dijo la Corte en el auto impugnado, y hoy la reitera, que: “Si el recurrente en revisión no constituye la caución exigida por la ley para el trámite del recurso y por tal motivo éste se inadmite, *no le será dado a aquél posteriormente esquivar, los efectos de su propia omisión, proponiendo nuevamente la misma impugnación*, puesto que la inadmisión de antaño, imputable exclusivamente a su propia culpa, tiene que producir como efecto, tal cual lo pregona la doctrina del derecho, la preclusión de la oportunidad por haberse consumado ya” (lo resaltado es de la Sala).

SECCION CUARTA

“Pero hay más todavía. Si el recurrente en revisión no presenta la caución exigida para darle curso a su demanda, su silencio en el punto tiene que considerarse como un desistimiento tácito del recurso propuesto, o una renuncia implícita de su interés en continuar el proceso. Preséntase en tal supuesto, el mismo desistimiento que ocurre también en la revisión cuando el revisionista, no actuando conforme lo impera el artículo 4º de la Ley 22 de 1977, incumple la carga procesal a él impuesta por esta norma; o cuando, tratándose de la apelación o de la casación, el recurrente no suministra lo necesario para expedir las copias indispensables para ejecutar la providencia impugnada, por ejemplo”;

b) En el mismo sentido se pronunció el doctor Hernán Fabio López Blanco, el cual en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Parte general, Tomo I, bajo el título Rechazo de la Demanda de Revisión, acepta la posibilidad de presentar nueva demanda cuando la primera se inadmite, pero la niega cuando se decreta la deserción del recurso; en efecto, en la obra citada expresa:

“Las hipótesis donde se podrá rechazar la demanda de revisión son las siguientes:

a) “Cuando no se prestó la caución dentro del término judicial que se señaló, o cuando no se constituyó en la forma o por la cuantía ordenadas”.

“Frente al auto que rechaza una demanda de revisión sigue palpitante, pues, la reforma del Decreto 2282 de octubre de 1989, para nada tocó el punto, los efectos de tal auto en la hipótesis de que aún no haya precluido la oportunidad para promover el recurso, en otros términos si estando dentro del plazo de los dos años que la ley otorga se interpone un recurso de revisión y la demanda es rechazada, ejemplo, porque no reúne los requisitos legales, ¿será posible volver a formular de nuevo el recurso?”

“Creemos que rechazada una demanda de revisión puede formularse otra, en que se cumpla todo lo omitido en la primera; el rechazo de la demanda no implica negativa definitiva del recurso; *como sí habría ocurrido si la sanción en vez de ser el rechazo hubiera sido la de declararlo desierto* (Resaltado de la Sala).

En el caso *sub lite* se declaró el recurso desierto por no haberse constituido la caución, y por ello se agotó la posibilidad de nueva demanda.

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

RESUELVE:

No se concede el recurso extraordinario de revisión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, contra la sentencia de 10 de mayo de 1991, proferida por esta Sección.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sala *Jaime Abella Zárate,*
Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / FACULTAD IMPOSITIVA / ADMINISTRACION DEL IMPUESTO

Establecer el tributo es una cosa y administrarlo y cobrarlo es otra. La primera es la tarea de diseñar cuidadosamente los elementos constitutivos de la obligación tributaria: fijar en ellos los sujetos pasivos, los hechos impositivos, los elementos cuánticos de la base imponible, los momentos de la causación y los principios centrales que la precisan. La segunda es la tarea de cobrar, de permitir que en la práctica se realicen los objetivos que fija la ley y en su orientación básica. Si bien es cierto la facultad impositiva es indelegable, permanece en los órganos de representación popular, no sucede lo mismo con su administración. Esta es delegable en entidades de gestión que apliquen los elementos propios de su esencia. Niégase la nulidad de la Resolución número 8399 del 24 de septiembre de 1986 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION / MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE / ADMINISTRACION DEL IMPUESTO

En el caso del tributo de valorización, es aceptable la delegación en un órgano que determine el costo de la obra, incorpore en ese costo no sólo el costo directo sino también otros elementos que lo integren (costo de administración e imprevistos), que distribuya el costo entre los propietarios beneficiarios; que oiga a éstos; que recaude el tributo y ejecute la obra. En el orden nacional es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte a quien corresponde la aplicación y el manejo de esta contribución. A él compete determinar las obras nacionales por cuya construcción y conservación se causa este tributo. Fijarlo, distribuirlo, recaudarlo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Referencia. Expediente número 4037.

C/Ministerio de Obras Públicas.

Autoridades Nacionales. Fallo.

Actor: Absalón Gartner Tobón.

Decide la Sala la demanda que en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C. C. A., presentó el doctor Absalón Gartner Tobón, contra la Resolución 008399 del 24 de septiembre de 1986, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y mediante la cual se determinó como obra nacional que causa contribución de valorización la pavimentación de la vía Pereira-Marsella.

En el auto admisorio del 14 de febrero de 1992 no se accedió a la suspensión provisional solicitada.

Surtido el trámite correspondiente y no observándose causal alguna de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala procede a proferir sentencia.

LA DEMANDA

El actor actuando en su propio nombre sustenta la petición de nulidad en el quebrando de los artículos 43, 76 numeral 4º, 206 y 207 de la Constitución Nacional y de los artículos 338, 1º y 2º incisos, 339, 150, reglas 3ª y 10, inciso 3º y 345, 1º y 2º incisos de la Nueva Constitución Nacional.

Igualmente en el quebrantó de la Ley 29 de 1979 al apoyarse en el Decreto 1173 de 1980 “que diciendo desarrollar facultades extraordinarias conferidas por dicha ley, asigna funciones en modo alguno autorizadas por ésta...”.

Argumenta en síntesis el demandante que la resolución en cuestión tiene vicios de inconstitucionalidad preexistentes al momento de expedirse y sobrevinientes a la nueva Constitución de 1991, porque en tiempos de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales pueden crear contribuciones, entendiendo éstas en sentido genérico, vale decir, que comprende los impuestos, las tasas y la contribución propiamente dicha.

SECCION CUARTA

Esto es, que el Congreso no puede delegar en las autoridades administrativas la facultad de imponer contribuciones.

Entiende que así se le hubiere otorgado al Consejo Nacional de Valorización en el numeral 2º del artículo 5º del Decreto 1604 de 1966, facultades para determinar las obras nacionales de interés público por las cuales se ha de exigir contribución de valorización, la atribución resulta inconstitucional porque ésta para decretar obras públicas, tanto en la anterior como en la vigente Constitución Nacional, sólo la tiene el Congreso de acuerdo con el respectivo plan de desarrollo.

De otra parte estima que como “la orden de ejecutar obras públicas afecta necesariamente el presupuesto nacional, la expedición es privativa del Congreso”.

Respalda lo expuesto con transcripción de apartes de la sentencia expedida por esta Corporación el 29 de julio de 1974, con ponencia del Consejero Bernardo Ortiz Amaya en donde se destaca que la facultad de decretar la realización de una obra, su manejo y construcción por el sistema de valorización es privativa y exclusiva del Concejo Municipal, o sea que en el caso, por tratarse de una obra pública a nivel nacional, sólo podía ser decretada por el Congreso.

Finalmente ataca el acto acusado por falsa motivación, vicio de incompetencia y extralimitación de facultades porque el decreto en que dice fundamentarse, 1173 de 1980, fue dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo por la Ley 29 de 1979 que sólo autoriza al Ministerio de Obras Públicas para modificar su estructura y descentralizar sus funciones.

OPOSICION A LA DEMANDA

La Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte- por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones del actor.

Considera el apoderado judicial que no es el Ministerio de Obras Públicas y Transporte quien está “creando” una carga impositiva, fue el Congreso quien estableció e impuso “la contribución de valorización”, mediante la Ley 48 de 1968 al adoptar como legislación permanente el Decreto Legislativo 1604 de 1966.

La Resolución impugnada, dice, no está creando el tributo, simplemente está señalando una obra específica que lo causa.

ALEGATO DE CONCLUSION

El Procurador 3º Delegado ante la Corporación pide se abstenga la Sala de decretar la nulidad solicitada en el libelo de mandatorio.

Está de acuerdo el Ministerio Público con el demandante en sostener que la facultad impositiva propiamente dicha la tienen los órganos de representación, de elección popular. Esto es, que el marco de creación de los tributos está reservado a la ley, a las ordenanzas y a los acuerdos, sin que tal atribución pueda ser delegada.

Empero, entiende que el acto impugnado “no está creando contribución alguna que implique el establecimiento de un tributo, el diseño de sus elementos constitutivos de la obligación, los hechos impositivos y los elementos cuánticos de la base imponible, sino que está determinando la obra que causa la valoración y ordenando el trámite administrativo de la liquidación y cobro del gravamen, todo dentro del marco general estructurado en el artículo 1º del Decreto 1173 de 1980”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala ya en otras oportunidades ha hecho hincapié en las diferencias resultantes entre la función de crear tributos y de la administración y recaudar los ya establecidos por la ley a nivel nacional, o, por las ordenanzas y acuerdos en el ámbito departamental y municipal, respectivamente.

En sentencia de mayo 17 de 1985, expediente 0356, actor: Jesús Tovar y otros, C. P., doctor Enrique Low Murtra, se dijo:

“...establecer el tributo es una cosa y administrarlo y cobrarlo es otra. La primera es la tarea de diseñar cuidadosamente los elementos constitutivos de la obligación tributaria: fijar en ellos los sujetos pasivos, los hechos impositivos, los elementos cuánticos de la base imponible, los momentos de la causación y los principios centrales que la precisan. La segunda es la tarea de cobrar, de permitir que en la práctica se realicen los objetivos que fija la ley en su orientación básica”.

El mismo proveído recalca que si bien es cierto la facultad impositiva es indelegable, permanece en los órganos de representación popular, no sucede lo mismo con su administración. Esta es delegable en entidades de gestión que apliquen los elementos propios de su esencia.

En el caso del tributo de valorización, es aceptable la delegación en un órgano que determine el costo de la obra, incorpore en ese costo no sólo el

SECCION CUARTA

costo directo sino también otros elementos que lo integren (costo de administración e imprevistos), que distribuya el costo entre los propietarios beneficiarios; que oiga a éstos; que recaude el tributo y ejecute la obra, pues no de otra manera podría hacerse efectivo el beneficio que ha orientado el Decreto 1604 de 1966, modificado por el Decreto 3160 de 1968.

En el orden nacional es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte a quien corresponde la aplicación y el manejo de esta contribución. A él compete determinar las obras nacionales por cuya construcción y conservación se causa este tributo. Fijarlo, distribuirlo, recaudarlo.

Igualmente es al Ministro a quien compete dictar las resoluciones sobre la distribución de la contribución nacional de valorización y resolver los recursos pertinentes y al Consejo Nacional de Obras Públicas, órgano consultivo de aquél, conceptuar sobre la causación, distribución, recaudo y forma de pago de la misma, en razón de la ejecución de obras nacionales, con excepción de las adelantadas por otras entidades de derecho público, según lo estatuye en los artículos 6º y 32 del Decreto 1173 de 1980, estatuto por el cual se reorganizó el citado Ministerio, dictado en desarrollo de autorizaciones de la Ley 29 de 1979.

Es claro para la Sala, como también lo fue para el Ministerio Público, que con el acto adjudicado no se está creando contribución alguna que implique el establecimiento de un tributo. No fija aquél los elementos constitutivos sino que determina la obra que genera la contribución por valorización y ordena el trámite técnico administrativo para la liquidación, distribución y cobro del gravamen, que es distinto.

Por tales consideraciones la Sala estima que no le asiste razón al actor para invocar la nulidad de la resolución que impugna.

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

FALLA:

Niégase la nulidad de la Resolución número 8399 del 24 de septiembre de 1986 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y en la cual se determinó como obra nacional que causa contribución de valorización la pavimentación de la vía Pereira-Marsella.

Se reconoce a la doctora Rosalba Lucía Tovar Dukvara como apoderada sustituta de la parte demandada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.
Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA / VALOR NOMINAL / BASE GRAVABLE

El concepto "nominal" tiene una significación relevante, al punto tal que existe una diferencia sustancial entre el concepto "valor" simple y llano y "valor nominal". El primero es un género que admite diferentes incidencias de carácter económico en su contexto, pero cuando se define como "nominal" se está enmarcando el género dentro de una definición que ya no admite asignarle ningún otro concepto. Por ello sin necesidad de entrar en análisis de carácter financiero sobre el valor representativo de los bonos, es evidente que el reglamento efectuó una definición no contemplada en la ley. Así mismo, el decreto demandado determina que la inversión forzosa sería el resultado de aplicar un 25 al impuesto determinado en la declaración de renta antes de restar los descuentos tributarios, en tanto que la Ley 6ª estableció simplemente como base para el cálculo el "impuesto de renta". Declara nulas en el literal c) del artículo 2º del Decreto 1132 de 1992 las expresiones "nominal" y "la obligación de pago contenida en los BDIS a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998". Declara la nulidad de la expresión "antes de restar los descuentos", contenida en el inciso final del artículo 3º del Decreto 1132 de 1992.

INVERSION FORZOSA - Naturaleza / BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA

Uno de los mecanismos con que cuenta el Estado para la obtención de recursos para el debido cumplimiento de sus fines, diferentes a la posibilidad de aumentar los impuestos de sus administrados, es a través del sistema de las llamadas inversiones forzosas. Se busca con esto que los particulares no entreguen su dinero sin recibir una contraprestación, como es el caso de los impuestos, sino que,

reciban a cambio de su inversión esos bonos, que representan un valor y que posteriormente darán lugar a la recuperación del dinero entregado. El origen especial de esta inversión resultante del poder del imperio del Estado sobre sus administrados y de la necesidad y características de las obras a emprender -Seguridad Interna y Desarrollo Social- no puede dársele el tratamiento de la libre negociación entre particulares, ni aplicársele conceptos como "margen de rentabilidad". Declara nulas en el literal c) del artículo 2º del Decreto 1132 de 1992 las expresiones "nominal" y "la obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998". Declara nula la expresión "antes de restar los descuentos" contenida en el inciso final del artículo 3º del Decreto 1132 de 1992.

CADUCIDAD/PRESCRIPCIÓN/BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA

La caducidad es de naturaleza adjetiva o instrumental y está concebida como los plazos máximos que concede la ley para el ejercicio de una determinada acción, opera entonces por mandato de la ley y debe ser declarada de oficio por el juez que la advirtiera. La prescripción por su parte, es sustancial o material, como una de las formas de perder los derechos y extinguir las obligaciones, debe ser propuesta o alegada por la parte que desea liberarse de la obligación y puede incluso renunciarse por el interesado. Respecto de los BDSI se tiene que, pretender que la expresión utilizada por el legislador en su artículo 17 de la Ley 6ª de 1992 "se redimirán... durante el año 1998" significa que el contribuyente que no haga la solicitud para redimir el valor de sus bonos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del mismo año pierde automáticamente su derecho de propiedad sobre la inversión, o sea el decreto reglamentario estableció una prescripción extintiva del derecho. Declara nulas en el literal c) del artículo 2º del Decreto 1132 de 1992 las expresiones "nominal" y "la obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998". Declara nula la expresión "antes de restar los descuentos" contenida en el inciso final del artículo 3º, del Decreto 1132 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1993.

SECCION CUARTA

Consejero Ponente: Dr. *Guillermo Chahín Lizcano*.

Ref.: Expediente número 4379.

Actor: Luis Guillermo Nieto Roa.

Acción de nulidad contra los artículos 2º, letras c) y d) y 3º inciso final del Decreto número 1132 de 6 de julio de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Fallo.

El ciudadano Luis Guillermo Nieto Roa, actuando en su propio nombre, solicita de la jurisdicción la declaratoria de nulidad de los artículos 2º, letras c) y d) y 3º inciso final del Decreto 1132 de 6 julio de 1992, proferido por el Gobierno Nacional.

1. *El acto acusado*

El contenido de las normas acusadas del Decreto 1132 de 1992, es el siguiente:

“Artículo 2º: Características de los BDIS. Los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), tendrán las siguientes características:

...

“c) A su vencimiento se amortizarán por el ciento por ciento (100%) de su valor nominal, para el pago de impuesto, retenciones, sanciones, intereses y anticipos, administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales o por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante 1998, o en efectivo, entre el 1º y 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h). La obligación de pago contenida en los BDIS a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998;

d) Los bonos BDIS no generan intereses.

“Artículo 3º ...

Para el único efecto de determinar el monto de la inversión forzosa, los obligados a efectuarla aplicarán el 25% al impuesto de renta antes de restar los descuentos, que debieron determinar la declaración de renta y complementarios que estaban obligados a presentar durante el año 1992”.

2. La demanda

Se afirma en el libelo que la Ley 6ª de 30 de junio de 1992, en sus artículos 16 y 17, otorgó facultades al Gobierno Nacional para emitir títulos de deuda pública interna, bajo la denominación de “Bonos de Desarrollo Social y Seguridad Interna” BDIS. La emisión de dichos bonos se ordenó por medio del Decreto 1132 de 1992, que señaló sus características; las personas obligadas a efectuar su inversión; los lugares y plazos para efectuarla; las sanciones y otras modalidades adicionales relacionadas con la inversión forzosa.

El accionante formula cinco cargos de violación contra el Decreto 1132 de 1992, bajo los siguientes razonamientos:

a) El artículo 2º letra c) del Decreto, contradice manifiestamente lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1992; por cuanto esta última dispuso que los bonos se redimirían por su valor y el Decreto añadió la expresión “nominal”, introduciendo así una diferencia sustancial a lo ordenado en la ley. La violación se explica por sí sola, ante el fenómeno de la desvalorización de la moneda en nuestro país, de economía inflacionaria. La ley dispuso que en 1998 los bonos se redimirán por “su valor” el cual corresponde al nominal mas la proporción de inflación que lo hubiese desvalorizado, mientras el Decreto reduce los términos de recuperación del dinero al valor nominal, que a la fecha de redención será notoriamente inferior al actual;

b) El artículo 17 de la Ley 6ª de 1992, creó los Bonos BDIS como una inversión, en tanto que el artículo 2º del decreto reglamentario demandado, al disponer en su literal c) que “los Bonos BDIS no generan intereses”, estableció una desinversión, concepto diametralmente opuesto a la definición legal. Además de tratarse de un préstamo de dinero forzoso, no puede agregársele que no genere intereses y que no pueda recuperarse la inversión por su valor real;

c) Se formula en la demanda como un tercer cargo de nulidad, la manifiesta contradicción de lo dispuesto en el decreto reglamentario, con los artículos 83 y 338 de la Constitución Nacional, cuando con la disculpa de obligar a una inversión, lo que se dispuso realmente fue una expropiación, o en el mejor de los casos, una exacción. El suscriptor de los bonos perderá a favor del Estado, no sólo la diferencia entre el valor real del dinero al momento de la suscripción y el valor real al momento de la recuperación, sino que adicionalmente perderá el rendimiento propio del mismo. Presentada la suscripción de los bonos como una inversión, al perder esta característica por las razones anotadas, se estaría

SECCION CUARTA

estableciendo, por medio del decreto reglamentario, una especie de contribución, careciendo el ejecutivo de facultades legales para ello;

d) Se violaron igualmente los artículos 2517 y 2535 del Código Civil, cuando en la letra c) del artículo 2º del Decreto 1131 de 1992 se consagró que el 31 de diciembre de 1998 “prescribiría” la obligación a cargo de la Nación. Como el tema sobre la prescripción de las obligaciones está regulado en los citados artículos del Código Civil, éstos no podrán ser modificados o derogados sino por normas de superior o igual categoría. Usurpó así el Gobierno, al legislar sobre prescripción, una competencia que no se le había atribuido legalmente.

Según la Ley 6ª, los BDIS son exigibles entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1998, bien sea utilizándolos para el pago de impuestos o recibiendo su equivalente en dinero en efectivo, dentro de una oportunidad especial en el mismo año. Conforme al artículo 2535 del Código Civil, sólo a partir de su exigibilidad, podría empezar a contarse la prescripción de 10 años para la acción ejecutiva. Sin embargo, el decreto reglamentario limita a un año la prescripción, entrando a modificar, sin autorización legal, los plazos generales de la misma;

e) Existe una contradicción manifiesta entre la definición que trae la ley de la base sobre la cual se debe determinar la inversión forzosa y lo dispuesto al respecto en el inciso final del artículo 3º del decreto demandado, por cuanto a la definición legal de “impuestos de renta” le añadió la frase “antes de restar los descuentos”. Aumentó así el reglamento la base para la cuantificación de los BDIS, con lo cual se buscó deliberadamente aumentar las áreas públicas a costa de los contribuyentes, incurriendo de paso el gobierno en una clara transgresión del espíritu y el texto de la ley.

3. Actuación procesal

Solicitada la suspensión provisional de las letras c) y d) del artículo 2º del inciso final del artículo 3º del Decreto 1132 de 1992, la Sala, en decisión que obra a folios 32 y ss., resolvió admitir la demanda de nulidad y adicionalmente dispuso:

“2. Suspéndese provisionalmente los siguientes apartes del Decreto 1132 de 1992:

“a) En el literal c) del artículo 2º, las expresiones ‘nominal’ y ‘la obligación de pago contenida en los BDIS a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998’.

“b) En el inciso final del artículo 3º la expresión ‘antes de restar los descuentos’.

Interpuesto por la entidad demandada, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, recurso de reposición contra la suspensión provisional, ésta fue mantenida en auto de 27 de noviembre de 1992 y que obra a folios 60 a 71 del expediente.

4. Oposición de la entidad demandada

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público sustenta la defensa del acto demandado, con los siguientes argumentos:

- Sobre la diferencia existente entre *valor* y *valor nominal*, afirma que es un principio general de derecho que el pago de las obligaciones pecuniarias es nominal, principio éste que se aplica también a la obligación derivada de la inversión forzosa contemplada en la Ley 6ª de 1992. Cuando el Gobierno Nacional al reglamentarla indicó que lo que se reconocería sería el valor nominal de la inversión, estaba dando una interpretación exacta a la ley, utilizando un término equivalente y con los mismos efectos jurídicos en ella contemplados. Por lo tanto no hubo exceso en la facultad reglamentaria.

- En cuanto a la *naturaleza* de la inversión, sostiene que no necesariamente las inversiones generan de suyo un rendimiento, menos aún cuando tiene la característica de forzosa, que no tiene como finalidad aumentar el capital del inversionista. Por el contrario, se trata aquí de una inversión social que repercute en beneficio de toda la comunidad, que se beneficiará con los programas por ella financiados, con un sentido diferente al concepto patrimonial.

- Sobre la supuesta desviación de poder y falta de competencia, se remite a la defensa plasmada en el punto anterior, centrandolo en el error del demandante en el desconocimiento del carácter de la inversión forzosa, que se encuentra delimitada por el destino al que se dirigen sus recursos. El Estado tiene como una de sus diversas fuentes de financiación el acceso obligatorio a los recursos de los particulares, por medio de la suscripción no negociable de títulos, denominado empréstito forzoso. No existe así lo que en la demanda se pretendió llamar expoliación o exacción.

- Existe una diferencia entre prescripción de las obligaciones y prescripción de las acciones judiciales. En la demanda se confunde el período durante el cual la Nación tiene la obligación de aceptar los BDIS y el de caducidad de que disponen los suscriptores para ejercitar sus acciones judiciales. Conforme

SECCION CUARTA

a la norma demandada, el 31 de diciembre de 1998 se produce una prescripción extintiva o liberatoria de la obligación, pues a partir de esa fecha el tenedor del bono pierde su derecho al pago. Esto es independiente de las acciones judiciales relacionadas con el pago de la obligación. El decreto reglamentario empleó el término "prescribir" como sinónimo de terminar, para referirse a la *obligación* de la Nación y no a las *acciones* contra ella. Las normas del Código Civil citadas en la demanda no son pertinentes, sino los artículos 85 y 136 del Decreto 01 de 1984, que normativizan acerca del cumplimiento por parte de la Nación de sus obligaciones.

- En cuanto a la base sobre la cual se liquidó la inversión, al consagrar la Ley 6ª de 1992 que ésta se haría sobre el impuesto de renta y no sobre el impuesto neto de renta, es de entenderse que se trata de impuesto previo a los descuentos tributarios, situación que simplemente vino a aclarar el reglamento.

5. Ministerio Público

Representado por el Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado, sostiene en vista fiscal, que si bien el concepto "valor nominal" podría defender en cierta forma los intereses de los contribuyentes, no era el decreto reglamentario el medio legal indicado para determinar qué tipo de valor debía aplicarse al momento de redimir los BDIS. En cuanto al término de prescripción fijado en el decreto reglamentario, consideró que al ser las normas pertinentes del Código Civil, aplicables igualmente a la Nación, no incurrió el Gobierno en desconocimiento de sus previsiones, cuando estableció su obligación de redimir los bonos, tan sólo durante 1998.

Con respecto a la nulidad de la frase del reglamento que señala que los BDIS no generarán intereses, sostiene que la demanda no señaló una norma trasgredida, sino que realizó un análisis etimológico de la palabra inversión. Por lo demás, teniendo en cuenta la finalidad para la cual fueron emitidos los BDIS, es lógico que no produzcan intereses, objeción que por lo demás, cabría contra la ley y no contra el reglamento. Igual formulación hace con respecto a la violación de los artículos 83 y 338 de la Constitución Nacional, pues la crítica va enderezada contra la ley misma y no contra el reglamento. Encuentra evidente el exceso en que incurrió el reglamento al fijar la base sobre la cual debía calcularse el monto a suscribir en bonos.

Concluye solicitando se acceda parcialmente a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ejercicio de la facultad reglamentaria conferida por la Constitución Nacional, el Presidente de la República expidió el Decreto 1132 de 6 de julio de 1992, por medio del cual ordenó la emisión de Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación, denominados BDIS, Bonos para el Desarrollo Social y Seguridad Interna, fijando las características para su emisión, plazos de suscripción y personas obligadas a hacerla. Estos Bonos habían sido creados por los artículos 16 y 17 de la Ley 6ª de 1992.

Se plantea en la demanda que ocupa la atención de la Sala, la nulidad del Decreto 1132 en sus artículos 2º letras c) y d) y 3º inciso final. Para el estudio de cada una de las violaciones formuladas, se seguirá el orden en que fueron presentadas en el libelo inicial.

1. Violación del artículo 17 de la Ley 6ª de 1992, que estableció que los bonos se “redimirán por su valor”, en cuanto el reglamento, en su artículo 2º letra c), añadió el concepto “nominal”.

Mientras para el accionante, cuando el reglamento estableció que el valor de redención de los Bonos sería el nominal, redujo notoriamente el valor a recuperar por parte de los suscriptores en razón del fenómeno de la desvalorización de la moneda, para la entidad demandada la diferencia entre la ley y el reglamento es meramente conceptual, ya que en materia de obligaciones pecuniarias, el valor a recuperar es siempre el nominal.

Entendida la potestad reglamentaria como la facultad que tiene el Ejecutivo para precisar las pautas a seguir para la debida ejecución de las leyes y así hacer efectivos los derechos y obligaciones materiales consagrados en las mismas, se debe realizar esta facultad con el debido cuidado de no rebasar los límites señalados por la ley que se pretende reglamentar.

En nuestra economía actual, debido a los cambios que social, económica y culturalmente van sufriendo los Estados por el transcurso del tiempo, el concepto “nominal” tiene una significación relevante, al punto tal que existe una diferencia sustancial entre el concepto “valor” simple y llano y “valor nominal”. El primero es un género que admite diferentes incidencias de carácter económico en su contexto, pero cuando ya se define como “nominal” se está enmarcando el género dentro de una definición que ya no admite asignarle ningún otro concepto. No puede así afirmarse que entre los dos términos existe una diferencia meramente conceptual, cuando su significación en términos económicos es totalmente diferente.

SECCION CUARTA

Es por ello que, sin necesidad de entrar en análisis de carácter financiero sobre el valor representativo de los Bonos al momento de su suscripción y el que podrán representar al momento de su redención, por no ser el tema debatido, es evidente que el reglamento efectuó una definición no contemplada en la ley, razón suficiente para la prosperidad de su anulación.

2. El artículo 17 de la Ley 6ª de 1992, que determinó que los BDIS serían una "inversión", fue violado, según la demanda, por la letra d) del artículo 2º del decreto reglamentario, cuando dispuso que dichos Bonos no generarán intereses.

Uno de los mecanismos con que cuenta el Estado para la obtención de recursos para el debido cumplimiento de sus fines, diferentes a la posibilidad de aumentar los impuestos de sus administrados, es a través del sistema de las llamadas inversiones forzosas. Por este sistema, aquellos contribuyentes que se coloquen dentro de ciertos parámetros de ingresos y patrimonio previamente definidos en la ley, se ven obligados a efectuar un préstamo al Estado, recibiendo a cambio unos Bonos, cuyas características, como la posibilidad de utilización, forma de pago, fecha de redención, etc., tienen unas modalidades especiales que fija la misma ley. Se busca entonces que los particulares no entreguen su dinero sin recibir una contraprestación, como es el caso de los impuestos, sino que reciban a cambio de su inversión esos Bonos, que representan un valor y que posteriormente darán lugar a la recuperación del dinero entregado.

Pero dado el origen especial de esta "inversión", resultante en primera instancia del poder de imperio del Estado sobre sus administrados y de la necesidad y características de las obras a emprender, -Seguridad Interna y Desarrollo Social-, no puede dársele el tratamiento de la libre negociación entre particulares o entre éstos y el Estado, ni aplicársele conceptos como "margen de rentabilidad", intereses a reconocer, etc., pues su naturaleza misma la define como "forzosa" lo que descarta criterios como la posibilidad de efectuarla o no, ni se consultan sus ventajas de carácter económico. No comparte así la Sala los planteamientos que al respecto formula la demanda.

Pero además no pudo el reglamento incurrir en violación alguna cuando afirmó que los Bonos no generarían intereses, por cuanto la ley que autorizó la emisión de los BDIS, no aludió en forma alguna a un posible reconocimiento de intereses o cualquier otro tipo de ganancia, que hubiera sido desconocido por el decreto reglamentario.

3. Contradicción manifiesta con los artículos 83 y 338 de la Constitución Nacional, dando lugar a una desviación de poder y falta de competencia.

El concepto de violación lo centra el demandante en la siguiente premisa: “que con la disculpa de obligar a una inversión en realidad el Gobierno decreta una expropiación o, en el más benévolo de los casos, una exacción”. Hace referencia también a la pérdida de dinero que sufrirá el suscriptor de los bonos, con una inversión en la cual no sólo no recibirá el valor real al momento de la redención, sino que se le desconocerá el rendimiento mínimo del dinero. Afirma que esta forma de recaudar dinero por parte del Estado, no está contemplada en la Constitución Nacional, convirtiéndose así en una forma amañada de apropiarse del dinero de los asociados.

De la lectura desprevista de los cuestionamientos que a este respecto realiza el demandante, surge evidente que se encaminan fundamentalmente contra la ley que creó la inversión, sin que se precise en qué parte el reglamento, desbordó la facultad reglamentaria. Cabría agregar de manera eminentemente complementaria, que proceden aquí los planteamientos sentados por la Sala en el punto anterior.

3. Violación por el literal c) del artículo 2º del Decreto 1132 de 1992, de los artículos 2517, 2535 y 2536 del Código Civil, cuando sin tener facultades para ello, cambió los términos y reglas atinentes a la prescripción extintiva de las obligaciones.

EL aparte de la norma cuya nulidad se solicita, es del siguiente tenor:

“La obligación de pago contenida en los BDIS a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998”.

Para el demandante, el término “prescripción” introducido por el reglamento, sin que a ello hubiere hecho referencia la ley, limita, en contravía de las normas del Código Civil, el término extintivo de la obligación a cargo de la Nación, contado desde el momento de su exigibilidad. Para la entidad demandada por el contrario, el reglamento sólo vino a hacer claridad sobre lo ya dispuesto en la ley, presentándose nuevamente una confusión entre lo que debe entenderse como prescripción de la obligación y caducidad de las acciones judiciales.

Para la Sala, como ya tuvo la oportunidad de precisarlo en el auto que confirmó la suspensión provisional del aparte demandado, no puede confundirse el plazo con que cuentan los particulares para redimir los bonos, con la prescripción extintiva de su derecho, es decir, la prescripción extintiva de la obligación de pago por parte de su deudor.

SECCION CUARTA

Sobre las diferencias sustanciales de estos fenómenos, existe numerosa jurisprudencia que ha reiterado los planteamientos fundamentales consignados en la sentencia de 1º de octubre de 1946, proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Ramón Miranda (Gaceta Judicial, Tomo LXI, páginas 580 a 608).

La caducidad es de naturaleza adjetiva o instrumental y está concebida como los plazos máximos que concede la ley para el ejercicio de una determinada acción, opera entonces por mandato de la ley y debe ser declarada de oficio por el juez que la advierta. La prescripción por su parte, es sustancial o material, como una de las formas de perder los derechos y extinguir las obligaciones, debe ser propuesta o alegada por la parte que desea liberarse de la obligación y puede incluso renunciarse por el interesado. Existen otros aspectos que diferencian estos conceptos, lo que hace imposible asimilar el vocablo "prescribir" con "terminar", como se pretende en la defensa del reglamento.

Es así como, cuando el artículo 17 de la Ley 6ª de 1992 dijo: "los 'Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna BDIS', se redimirán por su valor con el pago de impuesto, sanciones y anticipos durante el año 1998", estableció un plazo para que los contribuyentes suscriptores de la inversión forzosa presenten sus bonos y los hagan exigibles ante la Administración de Impuestos, pero sin que pueda entenderse, como lo contempló el reglamento, que después del 31 de diciembre de 1998, se configura una prescripción liberatoria de la obligación de pago de los mismos.

Caben aquí los argumentos que en su momento se esgrimieron para mantener la suspensión provisional y que ahora se reiteran para declarar la nulidad impetrada en la demanda:

"Pretender que la expresión utilizada por el legislador en el artículo 17, 'se redimirán... durante el año 1998', significa que el contribuyente que no haga la solicitud para redimir el valor de sus bonos entre el primero de enero de 1998 y el 31 de diciembre del mismo año pierde automáticamente su derecho de propiedad sobre la inversión realizada, no puede entenderse sino como el establecimiento en el decreto reglamentario, de una prescripción extintiva del derecho, si se mira desde el punto de vista del contribuyente, o de una prescripción extintiva de la obligación de pago, que a su turno comporta una usucapión de un derecho de propiedad por parte del Estado, lo cual no fue, indudablemente, previsto así en la ley que se dice reglamentada". (Auto de 27 de noviembre de 1992, fls. 60 a 71 del expediente).

5. Nulidad de la expresión “antes de restar los descuentos” contenida en el inciso final del artículo 3º del Decreto 1132 de 1992.

El inciso final aquí demandado, determina que la inversión forzosa sería el resultado de aplicar un 25% al impuesto determinado en la declaración de renta, antes de restar los descuentos tributarios a que tuviera derecho el suscriptor, en tanto que la Ley 6ª estableció simplemente como base para el cálculo, el “impuesto de renta”. Introdujo entonces el reglamento, un elemento totalmente extraño a la definición legal.

En efecto, la Ley 6ª de 1992 no hizo distinción alguna sobre la base para calcular la inversión, pues no se refirió ni al impuesto básico ni al neto de renta, sino de una manera precisa al impuesto de renta y es por ello que a pesar de los esfuerzos realizados por el apoderado de la entidad demandada para tratar de asimilarlos, es evidente que se trata en cada caso de bases completamente diferentes en cuanto a su expresión en cifras numéricas, dando lugar a resultados diferentes al momento de calcular la inversión.

Basta un ejemplo para evidenciar tal diferencia. Si se aplica el porcentaje para calcular la inversión sobre la base definida en la ley, no sólo el valor a suscribir será inferior, sino que también algunos contribuyentes obligados en principio a realizarla, no encontrarán un factor para aplicar el porcentaje, si como resultado de la utilización de sus descuentos tributarios, su impuesto de renta es de -0-. Si por el contrario se utilizara la base señalada por el reglamento, todos los suscriptores con derecho a utilizar descuentos tributarios en su liquidación privada del impuesto, verían aumentada la base sobre la cual se calcula la inversión. Está así demostrado que se trata de bases totalmente diferentes, lo que se da lugar a un exceso del reglamento con respecto a la Ley, abriendo así paso a la anulación de la expresión demandada.

Por lo demás, liquidar el monto de los Bonos incluyendo los descuentos tributarios implica gravar con dicha carga unas partidas que son precisamente lo contrario de los impuestos ya que podría decirse que los descuentos tributarios conceptualmente equivalen a un anti-impuesto, y la ley claramente señaló que la base para tal liquidación se conforma por los “impuestos de renta”.

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

SECCION CUARTA

FALLA:

1º. Decláranse nulas en el literal c) del artículo 2º del Decreto 1132 de 1992 las expresiones “nominal” y “la obligación de pago contenida en los BDIS a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998”.

2º. Declárase la nulidad de la expresión “antes de restar los descuentos”, contenida en el inciso final del artículo 3º del Decreto 1132 de 1992.

3º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, *archívase* el expediente y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente de la Sección. *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

TERMINOS - Cómputo / SUPERINTENDENCIA DE CAMBIOS / SANCIONES/MULTA/PRESCRIPCION/ACTO ADMINISTRATIVO/NOTIFICACION

No es exacto que donde el artículo 2º de la Ley 33/75 dice “desde el día de tal interrupción”, deba entenderse que el cómputo del término de que ahí se trata incluya dicho día de la interrupción como el primero del término. En los cuatro años establecidos en la Ley 33/75 debe quedar no sólo expedida la resolución, sino notificada porque esta diligencia es la que le hace producir efectos ante terceros. Si la decisión carente de notificación no produce efectos legales, es obvio que no puede vincular procesalmente al interesado, ni suspender o interrumpir términos, ni menos restablecer los vencidos.

MULTA/DEVOLUCION/INTERES CORRIENTE - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ RESTABLECIMIENTO AUTOMATICO / SENTENCIA CONSTITUTIVA/SENTENCIA CONDENATORIA/REAJUSTE MONETARIO/ CONDENA EN CONCRETO

No es posible devolver con intereses comerciales corrientes porque la norma que lo autorizaba (art. 140 del C. C. A.) fue inadvertidamente declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. Aunque las sentencias en juicios de impuestos y multas son constitutivas, cuando ordenan reintegrar sumas pagadas tienen el carácter de “condenatorias”. En consecuencia, es posible aplicar el ajuste conforme a los índices del DANE según el artículo 178 del C. C. A. El ajuste se hace con regla de tres según la fórmula Índice final/Índice inicial por Valor pagado igual Valor actual.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1993.

SECCION CUARTA

Consejero Ponente: Dr.: *Jaime Abella Zárate*.

Ref.: Radicación 4490. Apelación sentencia del 23 de julio de 1992, Tribunal de Cundinamarca, juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 0400 de mayo 8 de 1990, 00256 de febrero 26 de 1991, de la Superintendencia de Control de Cambios.

Actora: Fábrica Slaconia Limitada. Fallo.

Al no haber aceptado la Sala el proyecto presentado por la Magistrada Consuelo Sarria Olcos, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por Fábrica Slaconia Ltda., la actora, contra la sentencia de 23 de julio de 1992, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento promovido respecto de las Resoluciones números 0400 de 8 de mayo de 1990 y 0256 de 26 de febrero de 1991, expedidas por la Superintendencia de Control de Cambios, por las que se aplicó una multa (\$76.332.480.09) y decidió el recurso existente.

ANTECEDENTES

Se dijo impuesta la sanción impugnada, “por violación del artículo 246 del Decreto -ley 444 de 1967, en relación con los reintegros efectuados con base en los registros de exportación números 1566, 1581 y 1958 de 1983; 0435, 0988, 1287 y 1497 de 1984; 0912 y 0977 de 1985, referidos al transporte marítimo...”, previa apertura de la correspondiente investigación, por acto de 8 de mayo de 1986, y traslado de cargos, por cinco días, el 19 de abril de 1990 al apoderado de la investigada, a quien ésta había conferido poder con escrito de 4 de diciembre de 1989, presentado por su representante legal en la Seccional Barranquilla de la Superintendencia, y por el apoderado, en la Secretaría General, el 11 de diciembre de 1989, quien pidió copia de la actuación, en memorial de 13 de diciembre subsiguiente, habiendo suministrado como dirección domiciliaria, la calle 19 número 5-51, Oficina 703 de Bogotá, y a quien se revocó el poder, el 20 de abril de 1990, cuando corría el término del traslado de cargos.

Añade la providencia sancionatoria, que, por petición del aludido representante legal, del 23 de abril del mismo año, se puso el expediente a disposición del nuevo apoderado, en Barranquilla, el día 25 de los mismos mes y año, fecha desde la que se reinició el término del traslado que, finalmente, venció el 30 de abril de 1990, habiéndose presentado descargos y solicitado pruebas, en mayo 2 posterior, extemporáneamente, pese a lo cual se habían

de estudiar aquéllos y decidir sobre éstas, pero sin que les encontrara mérito para desvirtuar las actuaciones cumplidas a los cargos formulados.

Dicha providencia fue confirmada íntegramente en la vía gubernativa, por razones similares.

LA DEMANDA

Se sintetiza:

1. “*Causales de nulidad*”

(Por aplicación, conforme al artículo 165, C. C. A., de los arts. 152 y 153, C. P. C., y normas compatibles del C. P. P., a más de las que impliquen nulidad por violación de las formas propias del procedimiento cambiario).

a) “*Pretermisión de las formas propias del proceso cambiario*”.

Se rige éste por el procedimiento especial señalado por los artículos 216 a 225 del Decreto 444 de 1967, el Decreto 577 de 1967, el Decreto 624 de 1974 y la Resolución 0341 de 1983 de la Superintendencia de Control de Cambios.

El artículo 222 del Decreto 444 de 1967, ordena, concluida la investigación, el traslado, “mediante la entrega de copia del *informativo*”, para que se presenten descargos y se pidan pruebas. No cabía, pues, la aplicación al caso de los artículos 210 del Código Contencioso Administrativo y 108 del Código de Procedimiento Civil, que hizo la Superintendencia al correr el traslado, ni era admisible su argumento de que éstos contenían la “práctica procesal más usada”, o de que sólo excepcionalmente se surtía el traslado “con la entrega de todo el expediente a la parte o al interesado” (Resolución 400 de 1990, p. 6), o de que fuera regla general que los traslados se surtieran, “manteniendo el expediente a disposición de la parte interesada en la secretaría del despacho respectivo”, criterios antijurídicos, como tampoco era suficiente ni lícito que hiciera el traslado, “mediante entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita del presente acto”, contra la letra y espíritu del citado artículo 222, interpretando erróneamente los artículos 25 a 31 del Código Civil, ignorando el 29 *ib.* y atribuyéndole a la sentencia de 9 de marzo de 1981 del Consejo de Estado, afirmaciones que no contenía. Se apoyó, además, en la definición de “informativo”, del Diccionario de la Lengua Española, como “lo que informa y sirve para dar noticia de una cosa”, cuando, según se expresó en los descargos, el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, conocido de abogados y juristas, hace sinónimos los términos

SECCION CUARTA

“informativo” y “expediente”, el primero, en actuaciones administrativas, y el segundo, en actuaciones judiciales.

Aparte del traslado en forma, el artículo 222 fija un lapso de cinco días para presentar descargos y solicitar pruebas; no obstante, el informativo fue entregado al representante legal de la sociedad en Barranquilla, el 30 de abril de 1990, comunicándosele verbalmente que el plazo para descorsor el traslado vencía el 2 de mayo, pretermitiéndose una norma que es desarrollo del artículo 26 de la Constitución sobre el debido proceso y es derecho de defensa, disponiéndose, de sólo un día para leer algo más de 1.200 folios del expediente.

Tampoco se ajusta a derecho la afirmación de la Superintendencia, de que su competencia sea a nivel nacional y no existan criterios legales para fijar dónde se debe abrir la investigación, pues el literal a) del artículo 9º del Decreto 624 de 1974 fija, entre las funciones de sus oficinas seccionales, la de “iniciar, dirigir, coordinar y vigilar las visitas e investigaciones relacionadas con las posibles contravenciones al Régimen de Control de Cambios, oro y platino, cometidas dentro de la jurisdicción de la Seccional, acorde con el literal c) del artículo 217 del Decreto-ley 444 de 1967”, y la Resolución número 0341 de la misma Superintendencia, por la que se señala la competencia territorial de sus seccionales, dice, en su artículo único, que tales funciones, “serán ejercidas dentro de la siguiente competencia territorial: Oficina Seccional Barranquilla, Departamentos de Atlántico, Magdalena, Cesar y Guajira... Oficina Seccional Medellín, Departamento de Antioquia...”, ignorando, así, la Superintendencia, la competencia territorial de sus propias seccionales y confundiendo sus funciones con la competencia sancionatoria del Superintendente, que sí es nacional.

b) *Omisión del término probatorio*

Pese a lo dispuesto por los artículos 222 y 223 del Decreto 444 de 1967, en materia de las pruebas de descargo en el proceso cambiario, el Superintendente no decretó ninguna de las pedidas con el escrito de descargos de 2 de mayo de 1991, presentado por el representante legal de la sociedad en Barranquilla, la sede social, no obstante su conducencia y pertinencia, por no haberse dejado ningún margen de tiempo para su práctica, ya que, de conformidad con la Ley 33 de 1975, la acción respecto de las contravenciones al régimen de cambios internacionales prescribía en cuatro años y se interrumpía con el auto de apertura de la investigación; como la investigación se abrió el 8 de mayo de 1986, el término para ejercer dicha acción se extendió al 8

de mayo de 1990; pero dado que, por disposición de la Superintendencia, sólo hasta el 2 de mayo de 1990 vencía el plazo para que la investigada presentara pruebas para desvirtuar los cargos, cuando faltaban sólo seis días corridos para que prescribiera la acción, es claro que la Superintendencia no dejó espacio para practicar tales pruebas, denegándolas, con burla del derecho de defensa de aquella y contra el criterio de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Civil, sobre el tema de la conducencia y eficacia de la prueba (se reproducen apartes de sentencias de la Corte y del Consejo de Estado, ésta, de 11 de febrero de 1982, y un párrafo de la obra *De la Prueba en Derecho*, Ediciones Lerner, Colección Grandes Juristas, p. 109, Antonio Rocha Alvira).

La Superintendencia violó los artículos 222 y 223 citados, porque, disponiendo de un lapso de ocho años para investigar el asunto, instruirlo autónomamente y fallarlo, no aceptó las pruebas de descargo, fundándose en actuaciones en que sólo ella intervino y valorando las pruebas que sólo ella arrimó, para reducir el mínimo espacio que tenía la causada para alegar.

2. Excepción de prescripción

Es la reconocida por la Ley 33 de 1975, cuyos artículos 1º y 2º dicen que la acción sancionatoria, en el caso, prescribe en cuatro años, que se interrumpen por el auto de apertura de la investigación y empiezan a correr nuevamente, por lapso igual, desde la interrupción.

El auto de apertura se produjo el 8 de mayo de 1986, extendiéndose el plazo para sancionar hasta el 8 de mayo de 1990; no obstante la improrrogabilidad del término, común a las partes, la Superintendencia aplicó la sanción por Resolución número 0400 de 8 de mayo de 1990, pero notificada el 21 de mayo siguiente, trece días después de haberse dado la prescripción, hecho alegado en el recurso gubernativo y que fue desestimado por la resolución que decidió éste, notificada el 5 de marzo de 1991, casi diez meses después de ocurrida la prescripción.

La Superintendencia negó la prescripción, afirmando haber obrado en el término de cuatro años, así no se hubiera notificado ni ejecutoriado el acto, para lo cual se fundó en un concepto del Consejo de Estado de 1982 y una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 1989, asumiendo que la Ley 33 de 1975 no disponía expresamente que el acto que pusiera fin a la investigación debiera notificarse y ejecutoriarse en el mismo término de la prescripción, sin embargo, de la sentencia que cita, omite decir que se trataba

SECCION CUARTA

de un caso en que la notificación de la resolución sancionatoria había tenido lugar dentro del lapso de los cuatro años; en cuanto al concepto, no era éste obligatorio y por otro lado el mismo admite que las notificaciones y los recursos se regulan por el Código Contencioso Administrativo; tampoco de que la Ley 33 de 1975 no disponga expresamente la notificación y ejecutoria dentro del lapso dicho, se puede deducir que esto no debe ser así, pues la misma nada tiene que ver con las notificaciones; en cambio, el artículo 223 del Decreto 444 de 1967 ordena que, vencido el término probatorio, se decida, “mediante resolución motivada, que se notificará al infractor en la forma prevista por el Decreto 2733 de 1959”, hoy Decreto 01 de 1984, cuyos artículos 44 y 48 disponen notificar personalmente las decisiones que pongan término a la actuación administrativa, y que la ausencia de notificación en debida forma, hace que la decisión no produzca efectos legales, normas concordantes con el artículo 62 *ib.*, sobre la firmeza del acto, de modo que la Superintendencia confunde la existencia de éste con su fuerza obligatoria.

La sentencia del Consejo de Estado que se cita en la resolución del recurso, reitera lo que siempre han sostenido los Tribunales Administrativos: que un acto, aunque válido, no entra en vigor, ni tiene eficacia o fuerza obligatoria, mientras no sea notificado; el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ha pronunciado así en diversas providencias anulatorias de las resoluciones de la Superintendencia de Control de Cambios, manteniéndose el principio de que el término de cuatro años fijado por la ley cambiaria, es común para el Superintendente y el ciudadano, no perdiendo la vigencia del acto administrativo particular, depender del arbitrio del gobernante.

LA SENTENCIA APELADA

Desestima íntegramente los cargos de “nulidad”:

El fundado en la aducida pretermisión de formas propias del proceso cambiario, porque, no obstante que una interpretación exclusivamente literal del artículo 222 del Decreto 444 de 1967 haría suponer que el traslado de cargos incluyera tanto el pliego de éstos como el “informativo” o expediente, según lo afirmado por la demandante, tal interpretación no consultaría el espíritu de la ley, como se habría dicho en la sentencia del Consejo de Estado citada en la demanda, de no ser “acertado el traslado que la Superintendencia de Control de Cambios hizo del expediente, sin formular cargos, pues se limitó a la entrega del mismo”, ya que sería necesario que la actuación administrativa se calificara y decidiera sobre su archivo o sobre cargos que precisaran las normas transgredidas y el análisis de las pruebas aportadas, lo que sí se habría

hecho con la interpretación dada por la Superintendencia en el asunto ahora ventilado, “pues, entonces, al necesariamente existir un acto en donde los apartes antes señalados se precisan, en aras del derecho de defensa sea esta pieza procesal (el pliego de cargos) cuya copia deba entregarse, ya que mediante la misma se informa al investigado sobre las circunstancias de (la) investigación”, en forma que, quedando el expediente a disposición de éste, “son suficientes estas dos actuaciones para garantizar dicho derecho de defensa”.

Del mismo modo, que sería inexacta la afirmación de que no hubiera corrido el término de cinco días para presentar descargos, supuesto que el correspondiente pliego se había notificado en Bogotá al apoderado de la investigada, reiniciándose el conteo del término a la llegada del expediente a Barranquilla, o de que la Seccional de Medellín hubiera iniciado la actuación, dado que el auto de apertura lo había proferido la Seccional del domicilio de la investigada, según se leería en el mismo.

Respecto de la “omisión del término probatorio” también alegada, encuentra que el artículo 222 del Decreto 444 de 1967 señala, al efecto, un término preclusivo de cinco días, contados desde el traslado de cargos, y, como requisito para la práctica de pruebas, que estas sean conducentes, único caso en el que procedería la fijación de un plazo hasta de 30 días para practicarlas, no contemplándose un procedimiento específico para su rechazo por inconducencia, o las características del auto denegatorio, ni sobre los recursos procedentes contra tal decisión. De otro lado, que el artículo 223 *ib.* dispone que, vencido el término probatorio, se profiera decisión mediante resolución motivada, de lo que se inferiría que “existirá término probatorio en el evento de que se tengan por conducentes las pruebas solicitadas”, no previéndose siquiera la posibilidad de su decreto oficioso.

Agrega, que con el memorial de descargos se anexaron los documentos enunciados en 25 numerales del mismo, y se pidieron testimonios, el aporte de otros documentos y el reconocimiento de firmas de algunos más, descargos y anexos cuya recepción en la Seccional de la Superintendencia en Barranquilla, el 2 de mayo de 1990, de acuerdo con lo puntualizado en la resolución sanción, había tenido lugar ya precluido el término previsto al efecto, no habiéndose denegado, sin embargo, la práctica de las pruebas pedidas por el hecho de su inoportunidad, sino por las razones entonces expuestas por el Superintendente, que se concretaban a la inconducencia de aquéllas, circunstancia que impedía que el procedimiento tuviera un término probatorio.

SECCION CUARTA

Prosigue que, en el artículo 222 del decreto 444 de 1967, el requisito de la conducencia tenía mayor amplitud que en la actual legislación procesal, así como los de pertinencia y utilidad, debiendo contraerse su estudio, en el caso, a los hechos materia del pliego de cargos, que hacían relación a actividades de la investigada por los años de 1982 a 1986, y específicamente, a los reintegros por US\$ 2.811.521.92 al Banco de la República, por concepto de presuntas exportaciones a Venezuela, Panamá, Aruba, Miami, Costa Rica e Inglaterra, mediante contratos de sistemas especiales celebrados con Incomex, respecto de los cuales, hechas las verificaciones sobre transporte y movilización de mercancías al exterior e ingreso de divisas al país, la Superintendencia había precisado, en este último punto, que las divisas ingresadas debían corresponder a una causa expresamente prevista por la ley, entre otras, exportaciones efectivamente realizadas, con las respectivas autorizaciones del competente organismo, y que su reintegro se debía efectuar al Banco de la República, por aplicación, entre otras disposiciones, de los artículos 5º, literal a), 51 y 54 del Decreto 444 de 1967, constituyendo infracción el no reintegro de las divisas y el ingreso de éstas por concepto distinto del autorizado o por concepto inexistente.

El tema de la prueba, pues, quedaría circunscrito a la existencia, o no, de irregularidades del ingreso de divisas por exportaciones efectivas, y a la incursión, o no, en infracción cambiaria, a términos del artículo 246, inciso 2º, *ib.*, punto en el que la Superintendencia había aportado elementos probatorios en lo concerniente a contratos de transporte y conocimientos de embarque de las mercancías detalladas en las facturas y registros de exportación a que hacían alusión los contratos celebrados con Incomex, contratos éstos en los que se establecía un sistema especial de exportación, para cuya producción se empleaban insumos o equipos extranjeros, no sujetos a gravámenes de importación o requisitos especiales.

Añade, que para demostrar las exportaciones efectivas, la Superintendencia clasificó las exportaciones realizadas por vía terrestre, área y marítima, habiendo cuestionado, de estas últimas, sólo las efectuadas a Aruba y Panamá, amparadas por los registros 1566, 1588, 1958, 0435, 0988, 1287, 1497, 0912 y 0977, cuyos agentes de aduana eran, respecto de las siete primeras, la Agencia Marítima Internacional, AMI, y de las restantes, Almaduana, en los buques Albert K, Nata y River ARC.

Igualmente, que los documentos reseñados en los numerales 1 a 25 del memorial de descargos, se referían, “al buen nombre comercial de la firma y la relación de exportaciones realizadas en años anteriores”, habiéndose

manifestado en los actos acusados, que los enunciados en los numerales 1 a 5, 8 a 10 y 11, carecían de relevancia en la investigación y no demostraban el efectivo embarque de las mercancías, conclusión acertada, dado que las glosas no comprendían la totalidad de las exportaciones, sino las discriminadas por los aludidos registros de exportación; mientras que los de los numerales 12 y 13, consistían en constancias de recibo de mercancías, expedidas por Alde Balm N.V. de Aruba y Eyda E. Chen de Kam, de Panamá, documento éste, cuyo envío al Ministerio de Relaciones Exteriores se había pedido, para reconocimiento de la firma del cónsul colombiano; de estos dos documentos, dijo la Superintendencia que si bien acreditaban la existencia y representación de las compañías certificantes, no demostraban lo afirmado en los mismos, aserto que no resultaba “claro”, ya que por el contenido de los documentos, la relación de facturas hecha en los mismos y su conexión con el hecho por probar, se debieron decretar como prueba.

En lo referente a la solicitud para que se tuvieran como prueba, las copias 4ª y 9ª del formulario único de exportación, los recibos de pago de bodegaje a Puertos de Colombia, los conocimientos de embarque y los sobordes y valor de gastos de exportación, relativos a los registros de exportación, 1566, 1581 y 1958 de 1983; 0435, 0988 y 1287 de 1984 y 1497, 0912 y 0977 de 1985, la Superintendencia observó que los formularios de exportación habían sido obtenidos en el curso de la inspección administrativa practicada a la Aduana de Barranquilla, sin reparo alguno, no siendo procedente la petición sobre los mismos; que los comprobantes de pago a Puertos de Colombia se referían a bodegajes y no al embarque de las mercancías, fuera de que las órdenes de embarque que debía expedir esa entidad correspondientes a los cargos autorizados por la capitania del puerto a los buques Albert K., Nata y River ARC, no habían sido hallados durante la inspección practicada a Puertos de Colombia y la capitania, como tampoco las relaciones de las mercancías que se dijeron exportadas en dichas naves; y que los conocimientos de embarque no habían sido aportados conforme a lo dispuesto en el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, aparte de que la inspección practicada a la Agencia Marítima Internacional, AMI, demostraba que ésta no había expedido conocimientos de embarque a la investigada, hecho corroborado en declaración rendida por el representante legal de la misma, y de que en los conocimientos de embarque aportados como prueba, la empresa transportadora dejó constancia de que, “peso, cantidad, condición, carga”, eran desconocidos por el transportador, constancia que viciaba el efecto probatorio de dichos conocimientos de embarque, como demostración del contrato de transporte, conforme a los artículos 768 y 1601 del Código de Comercio, situación en

SECCION CUARTA

que, igualmente, se hallaban los sobordos, pues no habían sido presentados en debida forma ni se encontraron en las inspecciones practicadas a los agentes AMI Y Almaduanas y a Puertos de Colombia.

La sentencia advierte, sin embargo, que la petición de reconocimiento de firma de los sobordos relativos a los registros 1566, 1581 y 1497, correspondientes, según lo deducido del estudio de otros documentos, a la Agencia Marítima Internacional, AMI, era procedente, pues quien los suscribió era el jefe del Departamento de vapores de la agencia, y no su representante legal.

Por lo que hace a la solicitud para que la Aduana certificara los embarques de las nueve exportaciones, respondió la Superintendencia que, mediante la inspección practicada a la Aduana de Barranquilla, se habían obtenido los correspondientes manifiestos de exportación, no objetados, por lo que la prueba pedida era inconducente y superflua, punto en el que los fundamentos de la decisión serían correctos, como lo eran, igualmente, los que habían servido para denegar la recepción de la declaración jurada del representante legal de la demandante y del señor Raúl Amador, para que explicaran el trámite de dichas nueve exportaciones, toda vez que lo cuestionado no era el trámite surtido para obtener los registros de exportación.

Tampoco tendría pertinencia alguna, sobre los hechos debatidos, la impetrada declaración del anterior apoderado de la demandante, acerca de la no entrega de copia íntegra del informativo; ni la solicitud de acopio de un proyecto de ley o del *Diario Oficial* de su publicación como ley, pues las glosas se habían formulado conforme a la ley vigente en el momento de la comisión de los hechos; ni la relacionada con la verificación sobre la capacidad de producción de la demandante y quiénes eran sus proveedores, porque esto no demostraba si las exportaciones en cuestión se habían realizado efectivamente.

En lo tocante a que el Jefe de Exportaciones de la Aduana de Barranquilla certificara los embarques de dichas exportaciones, resultaría válido, así mismo, lo dicho por la Superintendencia, en el sentido de haberse obtenido ya, en tal oficina, los manifiestos de exportación, no objetados, no siendo, de otro lado, el funcionario citado, quien pudiera testimoniar la salida de mercancías.

Con todo, halla que los medios de comprobación aportados como soporte de la actuación censurada, lo fueron sin intervención de la investigada u observancia del principio de contradicción, habiéndose producido la apertura de la investigación administrativa, sin que de la misma se librara comunicación a aquélla, aunque reconoce que esto obedecía a que el procedimiento

no contemplaba tales posibilidades de aviso e intervención en la investigación, constituyéndose la notificación del pliego de cargos apenas “en el inicio del derecho de defensa”.

En extensas argumentaciones subsiguientes, reanuda el análisis de los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, censurando que la Superintendencia hubiera confundido éstos con la valoración misma de la prueba y que sólo por el traslado de cargos se hubiera enterado la investigada del informativo que se le adelantó, pero concede a que ello se debía a que, de conformidad con el artículo 222 del Decreto 444 de 1967, sólo podía haber lugar a un término probatorio para el evento de que las pruebas fueran conducentes, no considerando, en conclusión, desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados.

Finalmente, por lo que concierne a la “excepción de prescripción” aducida, dice identificarse con un “concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación” (sic), acogido igualmente en las sentencias “dictadas por esta Sección”, de 18 y 25 de julio de 1991, proferidas, respectivamente, en los procesos números 1567 y 1476, “Ponentes, Yesid Rojas R. y Libardo Rodríguez R.”, en el cual se habría expresado, en lo esencial, que cuando la Ley 33 de 1975 dice que la acción por infracciones al régimen de control de cambios internacionales y de comercio exterior, prescribe en cuatro años y se interrumpe por el auto de apertura de la investigación, significa que el órgano competente dispone de dicho lapso para indagar los hechos y adoptar una decisión que ponga fin a la investigación y a la actuación administrativa, y que, “la notificación, como los recursos de la vía gubernativa, puede surtirse con posterioridad a su vencimiento, tanto porque la Ley 33 de 1975 sólo prescribe el plazo para adelantar y definir la investigación, como porque, mediante aquéllos, se trata de hacer conocer y reclamar el acto que impone la sanción; de ahí que la sanción y los recursos de la vía gubernativa se regulan a este respecto, no por la Ley 33 de 1975, sino por el Decreto-ley 2733 de 1959 (hoy Código Contencioso Administrativo) que prescriben términos específicos para realizar aquélla o interponer y decidir éstos (...), de manera que si el acto que define la investigación se expide dentro del plazo prescrito por la Ley 33 de 1975, aunque no haya sido notificado, ni menos se encuentre ejecutoriado, no habrá caducidad de la acción...” (paréntesis en el texto).

Y que dado que, en el caso, “el auto de apertura de la investigación tuvo lugar el día 8 de mayo de 1986 y la Resolución 0400 fue expedida el 8 de mayo de 1990, precisamente dentro del día cuando prescribía la acción, tal cual lo establece la Ley 33 de 1975 y por lo tanto la Superintendencia de Control de

SECCION CUARTA

Cambios actuó con competencia para ello (...); toda la actuación subsiguiente de notificación del acto y decisión del recurso de reposición, resulta ajena al ejercicio de la potestad sancionatoria...”.

EL RECURSO DE APELACION

Replantea los presupuestos fácticos de la “prescripción” alegada, en punto a que, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1975, que señalaban el término de aquélla, su interrupción y el momento a partir del cual corría el nuevo, subrogados por los artículos 6º del Decreto 1746 de 1991, y 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, que fijan reglas sobre el cómputo de plazos legales, la facultad sancionatoria de la Superintendencia se habría extinguido “a la media noche del 7 de mayo de 1990”, por lo que las resoluciones atacadas serían nulas, “por falta de competencia en razón del tiempo”, habiéndose equivocado el Tribunal al denegar tal nulidad.

Explica que, interrumpida la prescripción por el auto de apertura de la investigación y debiendo correr el nuevo término de cuatro años, “desde el día de tal interrupción”, en el caso en controversia dicho término habría comenzado el mismo 8 de mayo de 1986, fecha del auto de apertura, para concluir a la media noche del 7 de mayo de 1990, caso en el que la resolución sancionatoria de 8 de mayo de 1990 sería inoportuna.

Reproduce los demás argumentos de la demanda relativos al fenómeno de la prescripción; así mismo, los referentes a los cargos de nulidad por violación del debido proceso, con apoyo en numerosos apartes del fallo recurrido, al que, sin embargo, acusa de haber aplicado mal la ley, pues si repetidamente admite que los actos acusados violaron la Constitución y la ley, debió declarar su nulidad, y no entrar “a ocupar el lugar de la Superintendencia, atribución que no le confiere el numeral 1º del artículo 18 del Decreto-ley 2289 de 1989”, como se inferiría de lo expuesto en su página 52.

LOS ALEGATOS

La parte demandante remite, en primer lugar, al escrito sustentatorio del recurso; como “complemento”, anota que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acto administrativo, para ser eficaz, exige una fase de decisión y otra de exteriorización, careciendo de efecto jurídico la primera sin la segunda siendo contraria al debido proceso la pretensión de que la notificación hecha después de vencido el término de prescripción, en cuanto ello implicaría modificar ilegalmente éste.

Otras argumentaciones giran en torno de la prueba y su desestimación en el proceso gubernativo, resaltando el hecho de que la Superintendencia tenga por costumbre impedir la defensa de los investigados, como habría quedado ello plasmado, “con todo su dramatismo”, en la audiencia pública de 23 de enero de 1992, decretada en el proceso 1239, algunos de cuyos párrafos transcribe.

A su vez, la parte demandada, encuentra acertadas las apreciaciones y conclusiones del fallo impugnado, en lo tocante a las razones que habían motivado la denegación de la práctica de pruebas impetrada por la investigada, recapitulando detalladamente los diversos aspectos de cada una de aquéllas, frente al criterio de la Administración atinente a sus propios medios de comprobación, allegados en el curso de la investigación administrativa, que acreditarían la “verdad real”, y no la meramente formal que pretendería hacer valer la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Prescripción de sanciones de supercambios.

El fenómeno de la prescripción, alegado desde un principio como hecho exceptivo, debe ser objeto de un examen que prefiera al de otras de las invocadas causales de nulidad por violación de normas sustantivas o procedimentales, pues, de ser demostrado, se hace manifiestamente superflua cualquier consideración relativa a lo que deba entenderse por “informativo”, o a las circunstancias que motivaron la restricción del término probatorio, o a la valoración de la prueba documental traída por las partes, de lo cual se ocupan principalmente éstas y la sentencia recurrida.

Para empezar, no es exacto que donde el artículo 2º de la Ley 33 de 1975 dice, “desde el día de tal interrupción”, deba entenderse que el cómputo del término de que ahí se trata incluya dicho día de la interrupción como el primero del término; la acepción 2ª de la preposición “desde”, en el Diccionario de la Lengua Española, significa, “después de”, que es el sentido obvio que tiene tal vocablo en la norma citada. Este aserto es avalado por el inciso 2º del artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, según el cual, “el primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses”, regla aplicable “a las prescripciones”, y que evidentemente no podría cumplirse si el “día desde el cual” fuera el primero del término.

La regla del “mismo número”, no se opone a la de la “observancia” del artículo 61 *ib.*, pues del hecho de que se disponga respetar o cumplir un

SECCION CUARTA

término “desde tal día”, no se colige que éste deba ser necesariamente el primer día de dicho término, frente a otros preceptos, como el del propio artículo 59, inciso 2º *ib.* y del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, específicos en materia del cómputo de términos, que contradicen tal suposición.

Se concluye que, interrumpida la prescripción el 8 de mayo de 1986, que fue hecho no discutido por las partes, el nuevo término de cuatro años, concluía el 8 de mayo de 1990.

Ahora bien, la Sala ha dicho repetidamente, a propósito de casos similares y como lo alega la demandante, que la decisión administrativa, si bien intrínsecamente apta en cuanto expresión de la voluntad de la Administración, no puede producir efecto alguno en tanto no se notifique al interesado en debida forma; el artículo 223 del Decreto 444 de 1967, norma del proceso cambiario, prescribe que, concluido el término probatorio, se notifique la decisión al infractor, “en la forma prevista por el Decreto 2733 de 1959”, que es clara remisión al procedimiento administrativo respecto de lo no regulado por el procedimiento específico y que se repite en los artículos 3º del Decreto 212 de 1977 y 2º, inciso 3º, del Decreto 1424 del mismo año (“art. 3º. Contra las resoluciones que expida la Superintendencia de Control de Cambios, en ejercicio de lo dispuesto en el Decreto-ley 444 de 1967 y en el presente artículo, sólo procede el recurso de reposición, surtido el cual se entenderá agotada la vía gubernativa”; “art. 2º. (...) Formulados los descargos el Superintendente decidirá de plano dentro de los cinco (5) días siguientes, mediante providencia dictada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del decreto-ley citado”).

A su turno, el artículo 44 del Decreto 01 de 1984, dispone notificar la decisión, “personalmente al interesado, o a su representante o apoderado”; el artículo 45 *ib.*, que en defecto de la notificación personal se realice esta por edicto; y el artículo 48 *ib.*, que sin el cumplimiento de los requisitos “anteriores”, no se tiene por hecha la notificación, “ni producirá efectos legales la decisión”.

Si la decisión carente de notificación no produce efectos legales, es obvio que no puede vincular procesalmente al interesado, ni suspender o interrumpir términos, ni menos restablecer los vencidos.

Encontrándose demostrado en el proceso que la notificación de la sanción aplicada se produjo por fuera del término de prescripción de la acción sancionatoria, se concluye que la Superintendencia excedió los límites de su

competencia funcional, hecho que genera la nulidad de su actuación, debiendo prosperar el recurso de la demandante.

2. La acción de restablecimiento del derecho y la devolución de la multa pagada

Dentro de las pretensiones planteadas por el actor, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos que impusieron la multa, se plantea como condena la de restituir a la sociedad demandante la suma que fue cancelada a título de multa, con actualización de su valor con base en el índice de precios al consumidor como lo dispone el artículo 178 del C.C.A. También plantea la de reconocer y pagar a la misma demandante intereses comerciales corrientes desde el 18 de marzo de 1991, día en que se consignó el valor de la multa, hasta el día en que se produzca la restitución, pidiendo adicionalmente que se cumpla la sentencia en la forma y términos fijados por el artículo 176 del C.C.A.

Los anteriores planteamientos merecen por parte de la Sala las siguientes consideraciones:

a) La petición de reconocimiento y pago de intereses comerciales corrientes desde el día en que se consignó el valor de la multa, aunque no lo expresó el demandante, es de suponer que tuvo por fundamento el artículo 140 del C.C.A., norma de aplicación preferente sobre las de los artículos 177 y 178 porque se refiere a procesos relacionados con “impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público”. El caso que se ha debatido en este proceso por referirse a una multa encajaba en este artículo.

Sin embargo, no es posible acceder a dicha pretensión porque, el fallo expedido el 25 de julio de 1991 en el expediente 2273 por la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la parte de este artículo que ordenaba devolver las sumas depositadas con intereses comerciales corrientes, parte inadvertidamente incluida en el decreto de inexecutable.

Por este motivo no puede accederse a la solicitud de reconocimiento de intereses que se comenta, fuera de que la petición simultánea de intereses desde la fecha de pago, además de la actualización monetaria constituía una aspiración a doble indemnización inadmisibles desde todo punto de vista;

b) Pero, la Sala considera que a cambio de la citada norma especial que regulaba el aspecto indemnizatorio de los procesos de impuestos y multas a que se refiere el artículo 140, viene a resultar ahora aplicable el sistema general

SECCION CUARTA

consagrado en los artículos 177 y 178 sobre cumplimiento de fallos, en cuanto la sentencia imponga a la entidad pública una condena consistente en reintegrar los dineros previamente recibidos por ella y mientras no sea regulada la materia por norma especial.

Previamente es necesario aclarar que conforme a doctrina tradicional de esta Sección Cuarta en los procesos cuyo objeto ha sido “la modificación de una obligación fiscal” (como dice el artículo 85 del C.C.A.), se ha considerado que la sentencia con relación a ella, tiene un carácter constitutivo, porque fundamentalmente se limita a establecer judicialmente el *quantum* de la obligación, sin que la disminución que decreta con relación al monto inicial, se pueda tomar como una “condena” a cargo del Estado, en tales procesos simplemente se establece el valor monetario de la obligación fiscal a cargo del particular.

Pero en esta acción del artículo 85 (nulidad y restablecimiento del derecho) también está implícita la posibilidad de culminar en una sentencia de carácter condenatorio con el fundamento que se expone a continuación:

El Estado como ente jurídico capaz de adquirir derechos y obligaciones, está expuesto a soportar las consecuencias de su acto que resulta contrario a derecho, que no sólo debe ser excluido del ordenamiento a través de la nulidad sino que al particular afectado se le debe “restablecer en su derecho”. Esta finalidad de la acción está claramente consagrada en el artículo 85 del C.C.A. cuando autoriza a la persona lesionada en un derecho amparado en una norma legal, para “pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho...”.

En los procesos en que la demanda se refiere “a impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público” (como encabeza el artículo 140 del C.C.A.) y que por virtud de la acción del artículo 85 se declara la nulidad del acto administrativo correspondiente, el “restablecimiento del derecho” en ocasiones puede producirse automáticamente con dicha declaratoria de nulidad (por ejemplo cuando se anula en su integridad una liquidación oficial de revisión de impuestos o una resolución sancionatoria).

De la anterior disposición surge indiscutiblemente la obligación del Estado de reintegrar los dineros recaudados con base en su acto, que a la postre resultó ilegal. Esta orden de reintegro tiene carácter condenatorio porque crea una obligación nueva a cargo del Estado que aunque sea obligación de hacer tiene un contenido económico preciso consistente en devolver el dinero que

recibió previamente. Por este aspecto la respectiva sentencia no es solamente “constitutiva”, sino “condenatoria”.

Es principio general de derecho comúnmente aceptado que la nulidad judicialmente declarada tiene por objeto restituir al mismo Estado en que se hallarían las partes si no hubiere existido el acto nulo; esta característica de la acción anulatoria adquiere especial relevancia en la acción contencioso-administrativa del artículo 85 de nuestro Código, cuya finalidad está resumida en su sola denominación de “acción de nulidad y restablecimiento del derecho”. En casos como el que se analiza en esta ocasión, es evidente que el restablecimiento del derecho no se logra con la sola anulación del acto que impuso la multa, sino que se debe concretar, en la práctica, con la devolución del dinero y esta devolución, para aproximar la situación al estado en que se encontraba el particular cuando se dictó el acto o efectuó el pago, debe ser en principio del mismo valor económico.

Por ello se justifica que la devolución se ordene con *ajuste* en su valor (como lo ha pedido el demandante) para lo cual es aplicable la disposición del artículo 178 del C.C.A. según el cual, “cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor”:

En esta forma la Sala ve sustituido el sistema *especial* para impuestos y multas (devolución con intereses comerciales, del artículo 140 C.C.A. que la Corte declaró inexecutable) dando aplicación así a la norma *general* consagrada en los artículos 177 y 178 del C.C.A., en la medida que la sentencia contenga una disposición de carácter condenatorio y no simplemente constitutivo.

3. *Ajuste del valor de la multa que se reintegra*

Para los efectos de la orden de devolución es necesario seguir, en lo pertinente, las disposiciones sobre condenas en concreto consagradas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil con las modificaciones introducidas por el Decreto-ley 2282 de 1989. Para hacer de una vez en la sentencia y no en incidente posterior, la condena en concreto por la cantidad y los valores correspondientes que resulten del “índice de precios al consumidor”, se tomarán las certificaciones del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, cuya publicación mensual oficial en boletines de amplia circulación las convierte en “hechos notorios”, conocimiento que no requiere de prueba (artículo 177 del C.P.C.). En esta forma la Sección Cuarta del Consejo de Estado con el objeto de no dilatar, en lo posible la concreción

SECCION CUARTA

de la condena, adopta el criterio que sobre el particular ha venido practicando la Sección Tercera, expediente 7226 fallo de octubre 29/92, actora: Eneida González Valencia y expediente 7168, noviembre 9/92, actor: J.A. Muñoz. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y la Sección Segunda, expediente número 1396 febrero 25/92).

Con base en tales índices, procede la Sala a hacer el cálculo de la actualización de la suma pagada, para lo cual tiene en cuenta que según informes del DANE el índice inicial correspondiente al mes de marzo de 1991, mes en el cual se efectuó el depósito de la multa, era de 181.85 y el índice final vigente en la fecha de esta sentencia o sea, febrero de 1993 es de 282.43. En consecuencia, con aplicación de regla simple de tres se determina el valor actual de la suma a devolver, mediante la siguiente fórmula:

$$\text{Índice final} \times \text{Valor pagado} = \text{Valor actual}$$

Índice inicial

Aplicada esta fórmula al caso concreto arroja el siguiente resultado matemático teniendo en cuenta que la suma consignada fue de \$76.332.480, según recibo de marzo 18 de 1991 -Banco de la República, Barranquilla- para abonar a la cuenta 61010013.

$$282.43 \times \$76.332.480 = \$ 118.551.145$$

181.85

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

FALLA:

1. *Revócase* la sentencia apelada.

2 En su lugar, *anúllanse* las Resoluciones números 0400 del 8 de mayo de 1990 y 0256 del 26 de febrero de 1991, expedidas por el Superintendente de Control de Cambios, mediante las cuales se multó a la Sociedad Fábrica Slaconia Ltda., en razón de infracciones al régimen de control de cambios.

3. La Tesorería General de la Nación (Superintendencia de Control de Cambios o el organismo que la haya sustituido) reintegrará a Fábrica Slaconia Ltda., identificada con el NIT. 890.100.583 con domicilio en la ciudad de Barranquilla la cantidad de *Ciento dieciocho millones quinientos cincuenta*

y un mil ciento cuarenta y cinco pesos (\$118.551.145) moneda corriente, correspondiente al valor de la multa pagada según recibo mencionado y con base en los actos administrativos que se anulan en esta providencia.

4. El cumplimiento de esta sentencia está sometido a las previsiones de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5. El doctor Enrique Guerrero Ramírez tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, Notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, salva el voto.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

MULTA/PRESCRIPCION - Interrupción/ACTO ADMINISTRATIVO/NOTIFICACION (Salvamento de voto)

El término de prescripción se interrumpió cuando la autoridad competente profirió el acto administrativo contentivo de su voluntad de imponer una sanción, independientemente de la fecha de su notificación y ejecutoria. Si el acto administrativo contentivo de la sanción, es expedido dentro de los cuatro años previstos por la ley, se interrumpe el término de prescripción, ya que hay una manifestación concreta de la voluntad de quien lo expide y una actuación real en la oportunidad legal prevista para tal efecto. La notificación es un mecanismo a través del cual, se hace conocer del afectado la voluntad de la Administración, pero no es un elemento estructural del acto administrativo y por eso en nuestra legislación positiva la falta de su notificación no está consagrada como causal de anulación.

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA
CONSUELO SARRIA OLCOS**

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Radicación 4490.

Actora: Fábrica Slaconia Limitada.

No comparto la decisión que antecede, por las razones que motivaron el proyecto que fue presentado a consideración de la Sala y que con el debido respecto por la tesis mayoritaria, expongo a continuación.

La providencia de la cual discrepo se fundamenta en que:

“Encontrándose demostrado en el proceso que la notificación de la sanción aplicada se produjo por fuera del término de prescripción de la acción sancionatoria, se concluye que la Superintendencia excedió los

límites de su competencia funcional, hecho que genera la nulidad de su actuación, debiendo prosperar el recurso de la demandante”.

A mi juicio, el término de prescripción se interrumpió cuando la autoridad competente profirió el acto administrativo contentivo de su voluntad de imponer una sanción independientemente de la fecha de su notificación y ejecutoria.

Si el acto administrativo contentivo de la sanción, es expedido dentro de los cuatro años previstos por la ley, se interrumpe el término de prescripción, ya que hay una manifestación concreta de la voluntad de quien lo expide y una actuación real en la oportunidad legal prevista para tal efecto. Aceptar lo contrario implicaría recortar el término previsto por el legislador para que la administración actúe, en ejercicio de su competencia.

La notificación es un mecanismo a través del cual, se hace conocer del afectado, la voluntad de la Administración, pero no es un elemento estructural del acto administrativo y por eso en nuestra legislación positiva la falta de su notificación no está consagrada como causal de su anulación (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo).

Por todo lo anterior, considero que en el caso de autos, como el acto administrativo que impuso las multas fue proferido dentro de los cuatro años a que se refiere la ley, la Administración actuó conforme a derecho en este aspecto y la Sala ha debido analizar los demás cuestionamientos hechos por la parte actora y apelante.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha, *ut supra*.

VIGENCIA DE LA LEY / CONTRIBUCION POR EXPLOTACION

Conforme el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y ésta consiste en insertarla en el periódico oficial, regla de la cual se exceptúa el caso señalado en el artículo 53 ib.: “cuando la ley fija el día en que deba principiar a regir”. Es claro que por mandado de la Ley 6ª, artículo 140 dispuso que regiría a partir de su publicación y ésta se efectuó el 30 de junio de 1992, se establece que entró a regir ese mismo día. De allí se deriva sin dificultad que la contribución especial creada por el artículo 12 “a partir del primer día del mes siguiente al de la vigencia de la presente ley” no es otro que el 1º de julio, y por lo tanto el Decreto Reglamentario que así lo dispuso en nada contradijo a la ley reglamentada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Ref.: Expediente número 4350

Autoridades nacionales. Fallo.

Actora: Martha Luz Anderson Escamilla.

La abogada Martha Luz Anderson Escamilla obrando en su propio nombre en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., pide que se declare nulo el parágrafo del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1131 del 6 de julio de 1992 en la parte que dice “rigen para los meses de julio”.

Expone la actora que mediante el citado Decreto se reglamentó la Ley 6ª de 1992 en su artículo 12 que dispuso:

“Artículo 12. *Contribución especial por explotación o exportación del petróleo crudo, gas libre, carbón y ferróniquel. A partir del primer*

día del mes siguiente al de la vigencia de la presente ley y hasta el mes de diciembre de 1997, inclusive, créase una contribución especial mensual sobre la producción o exportación de petróleo crudo, gas libre o no producido con el petróleo, carbón o ferróniquel, en dicho período.

Son sujetos pasivos de la contribución especial los explotadores y exportadores de los productos mencionados en el inciso anterior.

El período fiscal de la contribución especial será mensual.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo, se entiende sin perjuicio de la obligación de liquidar y pagar la contribución consagrada en el artículo anterior”.

Por su parte del decreto reglamentario acusado en su artículo primero dispuso:

“Artículo 1º...

Parágrafo. El período fiscal de esta contribución especial será mensual.

Las tarifas señaladas en el presente artículo *rigen para los meses de julio a diciembre de 1992*; las tarifas correspondientes a los períodos fiscales comprendidos en los años 1993 a 1997, inclusive, se deberán reajustar anualmente de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 868 del Estatuto Tributario” (se resalta lo acusado).

Considera como normas violadas principalmente el artículo 338 de la Constitución Política y la Ley 57 de 1985, artículos 1º, 2º y 8º.

Observa que según el inciso 3º de la norma constitucional mencionada, las leyes que regulan contribuciones no pueden aplicarse sino a partir del período que comienza después de iniciar la vigencia de la respectiva ley. Norma con la cual el constituyente pretende proteger a los administrados de la causación inmediata de disposiciones tributarias.

Expone que según el artículo 8º de la Ley 57 de 1985 los decretos del Gobierno, entre otros actos, “sólo regirán después de la fecha de publicación” que debe hacerse según el artículo 2º en el *Diario Oficial*. Sobre esta base considera que la Ley 6ª de 1992 entró a regir el 1º de julio porque fue publicada el 30 de junio y por ello no sería aplicable a partir del mes de julio.

Además expresó en su demanda que como el Decreto 1131 de julio 6 de 1992 no ha sido publicado en el *Diario Oficial*, no ha entrado a regir, no obstante que acompañó un ejemplar del diario del 8 de julio de 1992 en donde aparece publicado a la página 2.

SECCION CUARTA

No se accedió a decretar la suspensión provisional solicitada y han intervenido con sendos y oportunos alegatos el apoderado del Ministerio de Hacienda y el señor Procurador 3º Delegado en lo Contencioso, doctor Jaime Ossa Arbeláez.

La entidad demandada refuta al actor resaltando, en primer lugar, que la fuente de la contribución especial es la Ley 6ª. y no el decreto reglamentario, como lo da a entender la demandante. La ley estableció que la contribución regirá a partir del primer día del mes siguiente al de la vigencia de la ley hasta diciembre de 1997. En materia de vigencia no considera aplicables las normas generales de la Ley 57 de 1985 sino la especial prevista en el artículo 140 de la misma Ley 6ª, según lo cual “la presente ley rige a partir de la fecha de su publicación” y puesto que la ley se publicó el día 30 de junio en el *Diario Oficial* 44490 significa que comenzó a regir ese mismo día 30 según el significado de la expresión “a partir de” que incluye el mismo día según concepto ampliamente utilizado por el mismo constituyente y respaldado por la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado que cita en su alegato.

Fuera de que tiene su respaldo en los artículos 61 y 52 del Código de Régimen Político y Municipal, si la Ley 6ª. se publicó el 30 de junio, entró a regir ese mismo día, luego la contribución especial creada por el artículo 12 a partir del primer día del mes siguiente al de la vigencia de la ley, comenzó su causación a partir del 1º de julio, motivo por el cual el decreto reglamentario acusado en ningún momento violó la ley sino, por el contrario, se ajustó a ella.

El señor Procurador 3º Delegado en lo Contencioso concluye en su alegato que se deben denegar las súplicas de la demanda pues, encuentra al decreto acusado ceñido a los términos de la Ley 6ª. que estableció un período mensual de la contribución a partir del primer día del mes siguiente al de su vigencia y como éste empezó el 30 de junio de 1992, significa que la contribución comenzó a operar desde el 1º de julio, como lo dice el reglamento. Tampoco encuentra el señor Procurador contrariado el artículo 338 de la Carta por razón similar, si se tiene en cuenta que la vigencia de la Ley 6ª empezó el 30 de junio de 1992 y en tales condiciones “como el reglamento dice que las tarifas rigen desde el mes de julio, resulta incuestionable que tal disposición cumple las condiciones del precepto constitucional y además armoniza con las previsiones del artículo 12 de la ley”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El tema central de la controversia y motivo principal de la acusación de ilegalidad formulada por la demandante se concreta a determinar la fecha de

vigencia de la Ley 6ª de 1992 lo cual tiene trascendencia en la determinación del período de causación y cobro de la contribución especial creada por el artículo 12 sobre la producción o exportación de petróleo crudo, gas libre, carbón y ferromniquel a cargo de los explotadores y exportadores de dichos productos.

El mismo artículo 12 estableció que el período fiscal de la contribución es mensual y dispuso que se causaría “a partir del primer día del mes siguiente al de la vigencia de la presente ley y hasta el mes de diciembre de 1997, inclusive”

Por otra parte, el artículo 140 dispuso que “la presente ley rige a partir de la fecha de su publicación...”, y fue dada en Santafé de Bogotá a 30 de junio de 1992 y publicada en el *Diario Oficial* 44490 de esa misma fecha.

Para determinar el mes inicial de causación del impuesto, que es el aspecto cuestionado por la demandante, resulta necesario determinar la fecha exacta de vigencia de la mencionada ley.

Para tal efecto la Sala recuerda que conforme al artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913), la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y esta consiste en insertarla en el periódico oficial, regla de la cual se exceptúa el caso señalado en el artículo 53 *ibidem*: “cuando la ley fija el día en que deba principiar a regir”.

De conformidad con estas normas para la Sala, así como para el Procurador 3º, es claro que por mandato del artículo 140 de la misma ley que dispuso que regiría a partir de su publicación y que ésta se efectuó el 30 de junio de 1992 se establece que entró a regir ese mismo día. De allí se deriva sin dificultad que la contribución especial creada por el artículo 12 “a partir del primer día del mes siguiente al de la vigencia de la presente ley” no es otro que el 1º de julio, y por tanto el decreto reglamentario que así lo dispuso en nada contradujo a la ley reglamentada.

Tampoco hubo contravención del artículo 338 de la Carta Política, ya que la ley fijó como período fiscal un lapso mensual que pudo iniciarse el 1º de julio o sea, inmediatamente después de entrar en vigencia la ley y en ningún momento antes de la misma.

En tales condiciones no es aceptable decretar la nulidad demandada.

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

SECCION CUARTA

FALLA:

No se accede a decretar la nulidad parcial del parágrafo del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1131 de 1992 (julio 6), como lo pidió la demandante.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn. Presidente Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

COSTO/ACTIVO FIJO/CERTIFICADO CONTABLE/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Los costos de activos fijos no podían afectar la renta gravable del año, porque no se trataron como consumo en éste, sino que capitalizaron primero en la cuenta "Inventarios Tránsito" después en "Inversiones en Curso" para culminar en la cuenta "Activo Fijo Planta y Equipo". Esta trayectoria contable es lo que está demostrada con la certificación expedida por el Revisor Fiscal de la sociedad en donde éste hace constar que aquella cifra no hace parte del costo de ventas de las mercancías enajenadas y de todas maneras que no formó parte de los costos imputados a los ingresos en 1985. También está demostrado que los materiales, repuestos y accesorios como filtros de aceite fueron contabilizados en 1985 como "Inventario de Materiales" y luego como "Gastos de Operación" para ser deducidos fiscalmente en el mismo año en que fueron consumidos.

COSTO DE VIDA - Determinación / SISTEMA DE INVENTARIO PERMANENTE / SISTEMA DE JUEGO DE INVENTARIOS / MERCANCIA EN TRANSITO

En el sistema de "Inventarios Permanentes o Continuos" el costo se toma por el real de las mercancías enajenadas contabilizadas en el momento de realizarse la venta. Como se sabe el costo por este sistema depende necesariamente del consumo del inventario de materias primas y de la venta de los productos terminados, por lo que resulta indiferente la fecha de la nacionalización de las mercancías; cosa contraria ocurre cuando el costo se determina por el Sistema de Juego de Inventarios, en el que las mercancías en tránsito, no juegan como costo del ejercicio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 19 de 1993.

SECCION CUARTA

Consejero Ponente: Dr. *Jaime Abella Zárate*.

Ref.: Expediente número 4149.

Actor: Exxon de Colombia S.A. (Antes Esso Colombiana S.A.).

Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad Exxon de Colombia S.A. (antes Esso Colombiana S.A.), contra la sentencia del 4 de febrero de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta por el año gravable de 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previo análisis del Acta de inspección general a los libros de contabilidad de la empresa y teniendo en cuenta la respuesta al Requerimiento Especial 036 del 25 de mayo de 1987, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó y notificó la Liquidación de Revisión 627 del 18 de septiembre del mismo año.

Con fundamento en los artículos 16 del Decreto 2053 de 1974; 1º y 27 del Decreto 187 de 1975 y artículos 49 y 59 del Código de Comercio, rechazó la suma de \$23.819.826, en síntesis, por corresponder a compras (importadas) nacionalizadas en 1986 y no demostrarse que son elementos y bienes adquiridos, para uso y consumo de los equipos operacionales de la empresa, según explicación de ésta.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios, por Resolución 0165 del 31 de octubre de 1988, confirmó en todas sus partes la decisión oficial.

Estimó el fallador que en tratándose de mercancías en tránsito, nacionalizadas en 1986, su valor no podía solicitarse ni como costo, ni como gastos de activos fijos, por cuanto "su valor final se determina una vez realizados los gastos de nacionalización y cuando los bienes están en plaza en condiciones de ser utilizados".

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad demandó ante la jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos y como restablecimiento del derecho pidió que se declare en firme la liquidación privada, que por el año de 1985 presentó la sociedad, el día 30 de abril de 1986.

Como disposiciones infringidas citó, el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 y el artículo 9º de la Ley 145 de 1960.

Considera el apoderado de la sociedad que la actuación administrativa es equivocada, por cuanto la suma en cuestión no es representativa de costo de mercancías vendidas, sino de importaciones de materiales con destino a inversiones en curso (activos fijos) y de gastos de mantenimiento y equipo, tal como lo certifica el Revisor Fiscal de la empresa, en documento anexo.

\$22.156.396, dice, “corresponde a la adquisición de elementos que constituyen activo fijo, los cuales fueron contabilizados como inversiones en curso y, la suma de \$1.663.430 a gastos de mantenimiento y reparación de equipo utilizado en el desarrollo de la actividad de la compañía”.

Describe y detalla las partidas que conforman las sumas globales y su contabilización para demostrar el equívoco de la Oficina de Impuestos. Explica que la primera, que conforma los pagos de impuestos de importación por concepto de filtros separadores, módulos para chasis y tanque de acero para almacenamiento de combustible de aviación fue contabilizada en 1985, inicialmente en la cuenta “Inventarios de unos materiales y suministros-tránsitos”, una vez se inició el proyecto respectivo se llevó a la cuenta inversiones en curso y al ser concluida la obra en 1986 los equipos se capitalizaron en la cuenta Activo Fijo-Planta y Equipo, por lo tanto, sólo pudieron afectar las cuentas de resultado a partir de este año, al solicitar sobre aquel activo la deducción por depreciación.

En cuanto a la partida de \$1.663.430 que corresponde a pagos de impuesto de importación por concepto de materiales, repuestos y accesorios tales como filtros de aceite, indicadores de pruebas, válvulas piloto y acoples para válvulas fueron contabilizadas como gastos de operación y deducidos fiscalmente durante el año gravable 1985, porque en este mismo período fueron consumidos o utilizados por necesidades operacionales, no obstante que su “nacionalización se efectuó en el año 1986 cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos y formalidades legales exigidos para ello y en especial los del Régimen Aduanero en lo concerniente a la garantía suficiente para el pago de los derechos de importación, en el momento en que se efectuó el levante de las mercancías”.

Entiende que la contabilización de aquellas partidas es acorde con lo estipulado en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 en su ordinal 2º incisos 2º y 3º y critica el desconocimiento del certificado del Revisor Fiscal, para probar las contabilizaciones verificadas por la empresa como quiera que, de

SECCION CUARTA

acuerdo a lo previsto por el artículo 9º de la Ley 145 de 1960, aquél está amparado por la presunción de veracidad, como lo reconoce también esta Corporación en fallo que transcribe parcialmente, de fecha 3 de abril de 1987.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 4 de febrero de 1992, negó las pretensiones de la sociedad. Adhiere a los planteamientos de la Administración.

Como la contribuyente, dice, no demostró que la partida de \$22.156.396 fue contabilizada como activo fijo y no como costo de ventas y admite que la nacionalización de las erogaciones por valor de \$1.663.430, se efectuó en el año 1986, no es procedente su reconocimiento en el año 1985.

DE LA APELACION

El apoderado judicial de la parte demandante se muestra en desacuerdo con la decisión del Tribunal. Pide que se revoque la sentencia y se confirme la liquidación privada presentada por la sociedad por el año gravable de 1985, porque la considera ajustada a derecho.

Crítica la sentencia porque estima que el *a quo* se limitó a transcribir literalmente los argumentos de las autoridades fiscales e insiste en sus pretensiones con los mismos planteamientos y pruebas esgrimidos en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderado judicial de la administración se opone a la apelación, y pide se confirme la sentencia sometida a consideración. Reitera la funcionaria que la suma rechazada no puede aceptarse ni como costo ni como gasto de activos fijos, por cuanto corresponde a mercancías en tránsito o en vía que no hace parte del inventario final, por no haber llegado antes del 31 de diciembre de 1985. *La afirmación de la empresa de haberla incluido dentro del Inventario final, no está declarada ni demostrada en parte alguna.*

Tilda el certificado del Revisor Fiscal de insuficiente como prueba, para desvirtuar los datos consignados en el Acta de inspección contable, habida consideración que lo pertinente hubiera sido corregir la declaración de renta y solicitar el reconocimiento de aquella partida en la correspondiente al año gravable 1986, fecha de nacionalización de la importación.

La Procuradora Sexta delegada ante lo Contencioso, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, por el contrario, solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

Como la sociedad lleva contabilidad por el sistema de causación, lo que implica que los costos y deducciones se entienden realizados en el año o período en que se causen, aun cuando no se hayan pagado todavía, está de acuerdo el agente del Ministerio Público en el reconocimiento de la suma rechazada, porque las mercancías que la representan también fueron compradas en 1985.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Se debe dilucidar si es aceptable como costo de activos fijos la partida de \$22.156.396 y como deducción la suma de \$1.663.430 como afirma la sociedad, o si por el contrario estas partidas deben ser rechazadas como deducibles porque, como sostiene la Administración, aquéllas corresponden a compras por importaciones que aun cuando realizadas en 1985 fueron nacionalizadas en 1986.

Como dan cuenta los antecedentes administrativos, la Oficina de Impuestos primero en la liquidación oficial rechazó de los costos de ventas relacionados en la declaración de renta, año gravable 1985, por valor de \$66.213.667.787 renglón 195, la partida de \$23.819.826 correspondiente a compras de materiales importados porque, según los manifiestos y comprobantes de renta por cobrar, fueron nacionalizados en 1986, y siendo así aquellas "mercancías en tránsito o en vía" no formaban parte de los costos de aquel año.

Después, en la Resolución 165 de 1986, si bien es cierto, la División de Recursos admitió y no discutió que las compras correspondían a bienes para consumo y uso interno de la empresa, mantuvo el rechazo por las mismas razones expuestas inicialmente, diciendo:

"Este Despacho observa que de acuerdo a la inspección ocular de libros de contabilidad, la importación de activos fijos con destino a la empresa no habían sido nacionalizados al terminar el año gravable 1985; en consecuencia siendo aún mercancías en tránsito, no se podía solicitar, ni como costo, ni como gasto de activos fijos, por cuanto su valor final se determina una vez realizados los gastos de nacionalización..."

Y más adelante agregó:

"El Despacho aclara que no se trata del desconocimiento de la partida solicitada como gasto o costo, sólo que su reconocimiento debe hacerse

SECCION CUARTA

en el año en que se considera debidamente legalizada la importación que lo fue en el año 1986, tal como lo demuestra con las fotocopias de los manifiestos de importación presentados en esta oportunidad como prueba”.

Así las cosas, lo que debe examinar la Sala en el caso concreto, es la relevancia fiscal que tiene el que las mercancías, base de cuestionamiento, hayan sido nacionalizadas en 1986, esto es, al año siguiente del que es materia de este debate.

Es evidente y así lo establece el artículo 21 del Decreto 2053 de 1974 reglamentado entre otros por el artículo 27 del Decreto 187 de 1975, que cuando se trata de determinar el costo de enajenación de activos movibles por el sistema de juego de inventarios, no deben incluirse las mercancías en tránsito o en vía, norma que no encaja en el caso que se atiende, como quiera que como se vio anteriormente, la Administración de Impuestos aceptó los planteamientos generales de la reclamante al admitir que la suma de \$22.156.396 es representativa de factores constitutivos de costo de activos fijos y la partida de \$1.663.430 corresponde a gastos de mantenimiento y reparación de equipos operacionales de la sociedad.

La primera conclusión que se obtiene del análisis de la documentación, es que la totalidad de las compras importadas por \$23.819.826 corresponde a elementos y bienes adquiridos para consumo o uso interno de la compañía y no de productos para la venta.

La segunda es que por lo menos en lo que se refiere a costos de activos fijos (\$22.156.396) éstos no podían afectar la renta gravable del año, porque no se trataron como consumo en éste, sino que se capitalizaron. Se contabilizaron primero en la cuenta “Inventarios-Tránsito” y después en “Inversiones en Curso” para culminar en la cuenta de “Activo Fijo Planta y Equipo”, en 1986.

Esta trayectoria contable es la que está demostrada con la certificación expedida por el Revisor Fiscal de la sociedad (fl. 54 C.P.) en donde éste hace constar que aquella cifra no hace parte del costo de ventas de las mercancías enajenadas (combustibles, lubricantes, baterías, llantas, etc.) y de todas maneras que no formó parte de los costos imputados a los ingresos de 1985, sino de costos capitalizados en el activo fijo de la sociedad, cuya recuperación se hace a través de la depreciación en varios períodos fiscales.

Y en lo relativo a la partida de \$1.663.430 correspondiente a materiales, repuestos y accesorios tales como filtros de aceite, indicadores de prueba,

válvulas piloto o acoples para válvula, está demostrado igualmente con la certificación del Revisor Fiscal (fl. 54) que fue contabilizado en 1985 como "Inventario de Materiales" y luego como "Gastos de Operación" para ser deducidos fiscalmente en el mismo año en que fueron consumidos. Esto es, que afectaron la producción de 1985 y se causaron en este ejercicio. La circunstancia de haberse pagado efectivamente en el siguiente por razón del sistema aduanero no les desvirtúa su carácter de gasto operacional en 1985, cuando además de haberse causado jurídicamente como obligación, se consumieron físicamente en el proceso productivo de ese ejercicio, de todo lo cual se concluye que el tratamiento contable y fiscal que la sociedad le dio a la partida fue correcto.

Finalmente es preciso considerar que de haber tenido algún fundamento la apreciación de la Administración, en el sentido de que las importaciones cuestionadas por valor de \$23.819.826 repercutieron en la formación de los costos de los activos movibles producidos en el año, tampoco tendría relevancia la nacionalización de las mismas en 1986, porque según se informa en el formulario de la declaración de renta que por el año gravable de 1985, presentó la sociedad, ésta lleva contabilidad por causación y determinó el costo de las mercancías vendidas por el sistema de "Inventarios Permanentes o Continuos", en donde el costo se toma por el real de las mercancías enajenadas contabilizadas en el momento de realizarse la venta (arts. 29 y 30 Decreto 187 de 1975). Como se sabe, el costo por este sistema depende necesariamente del consumo del inventario de materias primas y de la venta de los productos terminados, por lo que resulta indiferente la fecha de la nacionalización de las mercancías; cosa contraria ocurre cuando el costo se determina por el sistema de Juego de Inventarios, en el que las mercancías no nacionalizadas, registradas como mercancías en tránsito, no juegan como costo del ejercicio (En este sentido se pronunció la Sala en el Exp. 3839, actor: Volta S.A. Industria Eléctrica, en sentencia del 16 de julio de 1992).

De todo lo anterior se desprende que tuvo razón la empresa en causar contablemente como costo de activos fijos y como gasto de mantenimiento y reparación de equipos operacionales la suma correspondiente al valor de los bienes importados independientemente de que éstos hubieren sido nacionalizados o no.

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

SECCION CUARTA

FALLA:

1º Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de febrero de 1992, en el juicio número 6744.

2º Declárase la nulidad de la liquidación de Revisión 627 del 18 de septiembre de 1987 y de la Resolución número 0165 del 31 de octubre de 1988, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

3º En su lugar, confírmase la Liquidación Privada número 000650 presentada el 30 de abril de 1986 por la sociedad Exxon de Colombia S.A. antes Esso Colombiana S.A. identificada con el NIT 60.005.220 y en la cual se fijó un Impuesto de Renta a su cargo por el año gravable de 1985, en la suma de ciento treinta millones novecientos cincuenta y seis mil cuatrocientos treinta y un pesos (\$130.956.431) moneda corriente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente. Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Alberto Múnera Cabas, Conjuez.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SECCION QUINTA



ALCALDE - Inhabilidades / CONCEJAL / EMPLEO DE ELECCION POPULAR

El artículo 179-8 de la C. N. pareciera cobijar sólo a los Congresistas por su ubicación respecto de la normatividad constitucional, luego de un análisis de la misma, se deduce que su redacción es general por lo cual no puede entenderse referida exclusivamente a los congresistas pues en su contenido tiene la más amplia cobertura y por lo mismo es aplicable al caso. Mediante resolución el alcalde municipal de Purificación aceptó la renuncia presentada por el demandado como concejal municipal por lo cual desde dicha fecha dicho señor quedó desvinculado del cargo que venía desempeñando y por lo mismo no quedó incurso en la inhabilidad prevista en la norma citada.

PROCESO ELECTORAL / RECURSO DE APELACION / ACCION DE TUTELA - Improcedencia / TUTELA CONTRA SENTENCIA - Improcedencia

Conjuntamente con el recurso de apelación, se propone el ejercicio de la acción de tutela cuyo trámite no es procedente dentro del proceso en curso, por cuanto tal acción establecida en el artículo 86 de la C. N. ni es viable instaurarla de manera conjunta con los recursos dentro de un proceso en trámite, ni puede interponerse contra providencias judiciales en firme.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., enero 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Ref.: Expediente número 0812.

Actor: Rómulo Perdomo Medina.

SECCION QUINTA

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 24 de agosto de 1992 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima denegó las pretensiones de la demanda, mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección del señor Ricardo Eduardo Villegas Ruenes como Alcalde del Municipio de Purificación (Tolima) para el período comprendido entre 1922-1994.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene realizar un nuevo escrutinio para declarar electo al Alcalde que resulte legítimamente elegido.

El demandante invocó como violado el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Nacional, ya que en el momento de ser elegido Alcalde el señor Ricardo Eduardo Villegas Ruenes, ocupaba el cargo de Concejal del Municipio de Purificación, desempeñándose, además, como Presidente de la Corporación Edilicia.

Inclusive, agrega, a la fecha de la presentación de esta demanda (20 de abril de 1992) no existe documento alguno que acredite que renunció al cargo.

El actor sustenta la inhabilidad con base en su pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil, elaborado por el Consejero Jaime Betancur Cuartas el día 23 de enero de 1992, donde absuelve una consulta formulada por el Ministro de Gobierno referente a este artículo de la Carta Magna.

Concluye el demandante aclarando que no se puede dar aplicación al artículo 1º de la Ley 49 de 1987, modificado por el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, donde se especifica que quien resultare elegido alcalde ostentando en ese momento una investidura de diputado, consejero intencional o comisarial o concejal perderá automáticamente esta última a partir de la fecha de la elección, ya que prima la norma de jerarquía constitucional, es decir, el artículo 179 de la Constitución (fls. 65 a 84).

En el mismo escrito, el demandante solicitó la suspensión provisional del acto que declara la elección del señor Villegas Ruenes, como Alcalde de Purificación, medida que le fue denegada por el Tribunal mediante auto fechado el 24 de abril de 1992 (fls. 93 a 95). Esta decisión fue apelada ante el Consejo de Estado, el cual resolvió confirmar la denegación de la suspensión provisional contenida en el auto mencionado, pues la Sala consideró que era necesario hacer varias precisiones sobre las normas citadas por el demandante, por lo cual no era posible deducir a primera vista su violación, siendo del caso tramitar el juicio en su integridad para poder contar con los elementos

necesarios para fundamentar una decisión (fls. 169 a 175, expediente No. 741).

Mediante escrito presentado el 20 de mayo de 1992 (fls. 125 a 136), un tercero solicitó se le considerara como parte coadyuvante de la acción, y como tal, adicionar la demanda y solicitar la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados. Esta solicitud fue resuelta por el Honorable Tribunal mediante auto de 2 de junio de 1992 reconociendo al tercero como interviniente para prohiar las pretensiones de la demanda, rechazando la adición de la demanda y negando la suspensión provisional pedida por el mismo (fls. 158-159).

Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por esta Corporación confirmando el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, del 2 de junio de 1992, en cuanto rechazó la demanda presentada por el interviniente y revocó la decisión contenida en la providencia en cuanto negó la suspensión provisional y en su lugar, rechazó por extemporánea la solicitud de decretar la medida precautoria referida (fls. 170 a 174, expediente No. 758).

Mediante apoderado debidamente constituido (fl. 137), el señor Ricardo Villegas Ruenes contestó la demanda de la referencia, oponiéndose a las pretensiones por considerar que su renuncia al cargo de Concejal fue presentada el 3 de marzo de 1992 y aceptada mediante Resolución No. 237 de 7 de marzo de 1992. Además, considera que el régimen que invoca el demandante es el de los congresistas y no el de los alcaldes, que es el caso de autos (fls. 140-142).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Tolima por sentencia del 24 de agosto de 1992 negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

-En primer lugar, el Tribunal resolvió la petición de tacha de falsedad, suspensión del proceso, auto para mejor proveer y la práctica de audiencia pública a la que se refiere el demandante en el alegato, por considerar que la resolución del 7 de marzo de 1992, por medio de la cual el Alcalde acepta la renuncia al demandado contradice todos los documentos presentados con la demanda, aclarando que no se puede hablar de prejudicialidad, ya que el actor no demandó, dentro del proceso contencioso, la legitimidad de este documento y actualmente la oportunidad está precluida.

SECCION QUINTA

-En segundo lugar, tampoco considera el Tribunal del caso la práctica de una nueva audiencia o el dictar un auto para mejor proveer, pues tratándose de un documento público, Resolución 237 de marzo 7 de 1992, acto administrativo asistido de la presunción de legalidad y certeza, constituye plena prueba.

Además, la renuncia se surtió ante el funcionario competente, es decir, el Alcalde, por lo cual los solos testimonios de los secretarios del Concejo y el de la Alcaldía, no eran los indicados para constatar este hecho.

-Por último, si todo lo anteriormente dicho pudiera eliminarse y aún aceptando que el numeral 8º del artículo 179 de la Carta Política fuera aplicable a los Alcaldes no se advierte el desacierto que invoca el demandante sobre lo anunciado en el auto que denegó la suspensión provisional (coincidencia de los períodos en el tiempo), ya que la misma Constitución, en la parte final del artículo 312 le retira dicha calidad de Concejal por el solo hecho de que acepte el cargo de Alcalde, evitándose la acumulación de poder y autoridad (fls. 222 a 229).

RECURSOS DE APELACION

1. De la parte coadyuvante:

La parte interviniente persigue la revocación del fallo cuestionado, y el despacho favorable de las pretensiones de la demanda y mediante rectificación jurisprudencial y procesal del “galimatías” creado con el rechazo de la adición de la demanda, el decreto de pruebas solicitado en ese escrito y su final desestimación en la sentencia recurrida.

Involucra formalmente en ese recurso la Acción de Tutela para los siguientes derechos:

-El de la igualdad ante la ley para no ser sometido a ninguna discriminación por parte de jueces y magistrados gozando de las mismas oportunidades procesales.

-El del reconocimiento de la personalidad jurídica para intervenir como simple ciudadano en este tipo de acciones.

-El derecho a difundir su pensamiento a través de memoriales, sin ser abogado.

-El derecho de petición.

-El derecho al debido proceso.

-El derecho a tener iniciativa en las corporaciones públicas, como actor principal o como interviniente.

Considera la parte interviniente que no hay incompatibilidad entre el recurso de apelación y la acción de tutela, por cuanto no es forzosa la sustentación del primero y la segunda se rige por el principio de la informalidad.

Después de hacer una extensa explicación sobre sus motivos para no aceptar la decisión sobre la presunta extemporaneidad con la cual el Tribunal *a quo* rechazó la adición de la demanda, contando con el beneplácito del *ad quem*, plantea una nulidad de la actuación a partir de la providencia de junio 2 de 1992, fecha en la cual se rechazó la adición de la demanda. Esta nulidad implica que “una vez tutelados los derechos vulnerados al interviniente, la admisión de la adición de la demanda se notifique debidamente al demandado” y que se reinicie toda la actuación (fls. 230 a 235).

2. De la parte demandante:

La parte actora, solicita mediante memorial fechado el 2 de septiembre de 1992, se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, confirmando los argumentos planteados en la demanda y agregando los siguientes:

-Tomando como punto de partida que el acervo probatorio planteado por la parte demandante y las pruebas aportadas por la parte demandada presentan una evidente contradicción, el actor planteó una tacha de falsedad sobre la Resolución 237 de marzo 7 de 1992 expedida por el Alcalde, y sobre la carta de renuncia fechada el 3 de marzo del mismo año, suscrita por el señor Villegas Ruenes, solicitando al Tribunal decretar la prejudicialidad y suspensión del proceso ante el hecho de que se adelanta un proceso penal por los presuntos delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal. En caso de no estimarse esta petición, se solicitó la expedición de un auto para mejor proveer y la celebración de una audiencia pública con la participación de las partes. Todas estas peticiones fueron denegadas por el Tribunal.

En cuanto hace referencia a la prejudicialidad, considera el demandante que no puede tomarse como cierta la afirmación del Tribunal respecto a que para poder acceder a dar aplicación al artículo 170 del Código de Procedimiento Civil sobre prejudicialidad y suspensión del proceso era presupuesto procesal *sine qua non* que la parte interesada hubiera hecho uso, en su oportunidad legal, de tachar de falso el documento aportado por el demandado.

SECCION QUINTA

El artículo 170, numeral primero no permite condiciones procesales distintas a las allí expuestas. No se puede agregar una nueva condición no establecida por la ley, por deducción o interpretación del Tribunal.

-El Tribunal no se pronunció sobre las peticiones de un auto para mejor proveer y sobre la realización de una audiencia pública.

En ningún momento valoró las pruebas aportadas con la demanda. Las visitas practicadas a los diferentes despachos públicos por parte de la personera municipal para demostrar si la renuncia había sido presentada o no, fueron ignoradas por el *a quo*.

De un sencillo examen y de una elemental valoración de las pruebas admitidas por el Tribunal se deduce que no puede darse el presupuesto jurídico probatorio de que dos hechos totalmente diferentes y contradictorios aparezcan probados igualmente por documentos idóneos y que se presumen auténticos, de ahí la necesidad de realizar una audiencia pública para aclarar los hechos.

Además, el Tribunal resalta la resolución expedida por el Alcalde como un documento público con presunción de legalidad, subestimando las pruebas aportadas con la demanda, que son también documentos públicos. Inclusive, las visitas practicadas por la Personería Municipal tienen igualmente el valor de documento público, resultado del ejercicio de una función pública y de inspección y vigilancia.

-En lo que hace referencia a la aplicación del numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Nacional, considera que el Tribunal, con gran ligereza y practicismo, estudió la aplicación de éste a la elección de Alcaldes.

Ahora bien, el régimen de inhabilidades obliga a todos los que aspiren ser elegidos por igual, lo mismo que a aquellos que se inscriben, resulten o no elegidos. Por su parte, el régimen de inhabilidades afecta a quienes resulten efectivamente electos y puedan desempeñar sus cargos. La Asamblea Nacional Constituyente trajo como consecuencia el señalamiento de una novedosa y general inhabilidad, pero con la categoría de norma constitucional, para todos los ciudadanos aspirantes a ser miembros de las corporaciones públicas de elección popular y a los cargos públicos de igual origen popular, la cual está prevista en el inciso 8º del artículo 179 de la Carta Política. El señor Ricardo Eduardo Villegas Ruenes; para el momento de su inscripción como candidato para la fecha de su elección como Alcalde, ostentaba la calidad y ejercía el cargo de Concejal, dándose para este caso, la innegable violación al artículo

mencionado. Para apoyar lo anterior, se remite nuevamente al concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, mencionado en la demanda.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, mediante concepto fechado el 25 de noviembre de 1992, solicitó la confirmación de la providencia de primera instancia por considerar que los cargos no están llamados a prosperar ya que, de acuerdo con el Tribunal de Instancia, hay que tener como prueba la renuncia del demandado presentada al Alcalde y la Resolución No. 237 de marzo 7 de 1992, por medio de la cual, el Alcalde de Purificación se la aceptó, porque es un acto administrativo que está amparado por la presunción de legalidad.

Además, la Ley 49 de 1987 estableció que las personas que tengan la investidura de diputados, consejeros intendentales o comisariales o concejales resulten elegidos, perderán automáticamente aquella, a partir de la fecha de su elección como Alcaldes.

CONSIDERACIONES

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

La Sala procede a analizar los cargos planteados:

Los aspectos discutidos en la apelación del coadyuvante ya fueron definidos en el curso del proceso y respecto de ellos hay providencia en firme: en tales condiciones no es posible tratarlos en esta oportunidad por cuanto ya precluyó la etapa correspondiente para tales efectos.

En la misma forma, la Sala observa que, conjuntamente con el recurso de apelación, se propone el ejercicio de la acción de tutela cuyo trámite no es procedente dentro del proceso en curso, por cuanto tal acción establecida en el art. 86 de la C. N. ni es viable instaurarla de manera conjunta con los recursos dentro de un proceso en trámite, ni puede interponerse contra providencias judiciales en firme, conforme a la sentencia dictada por la honorable Corte Constitucional (1º de octubre de 1992).

Lo anterior es suficiente para rechazar las peticiones del coadyuvante y no dar trámite a la acción de tutela.

Ahora bien, dentro del mismo recurso y como consecuencia de lo anterior, el coadyuvante propone una nulidad de lo actuado y menciona el artículo 152 numeral 8º del C. de P. C. (el cual fue subrogado por el artículo

SECCION QUINTA

1º numeral 80 del Decreto 2282 de 1989, actual art. 140-8 del C. de P. C., observa la Sala), como solución al supuesto vicio.

La Sala ha sostenido, reiteradamente, que las nulidades no pueden surgir de un proceso de extensión analógica, ni ser creadas jurisprudencialmente. El régimen de nulidades es de interpretación y aplicación restringidas.

En el caso subjudice, la supuesta nulidad alegada por la parte coadyuvante no está prevista expresamente por el legislador, por lo que no es del caso darle trámite.

No obstante, y aún entendiendo que se plantea la nulidad prevista en la disposición en cita, conforme al artículo 143 del C. de P. C., la oportunidad para proponerla está precluida y más cuando, se repite, la situación fue resuelta a través de la decisión de los recursos de ley.

Así las cosas no es del caso dar trámite al incidente y debe resolverse de mérito el negocio.

A continuación se referirá la Sala al recurso del demandante:

El actor solicitó la nulidad del acto declaratorio de elección del señor Ricardo Eduardo Villegas Ruenes como Alcalde Popular del municipio de Purificación, por violar el artículo 179, numeral 8º de la Constitución Nacional, ya que en el momento de ser elegido Alcalde, éste ostentaba la investidura de Concejal.

El artículo 179, numeral 8º reza:

“No podrán ser congresistas:

“... ”

“8. Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”.

Considera el actor que las pruebas aportadas al proceso, donde se demuestra que el demandado ejerció el cargo de concejal hasta después de ser elegido Alcalde según visitas practicadas por la Personera del municipio a diferentes Despachos y la certificación expedida por la Secretaría del Concejo (fl. 59), son plena prueba para demostrar que el señor Villegas Ruenes estaba inhabilitado.

El demandado, por su parte, aclara que este artículo no es aplicable a los Alcaldes pues la norma específica que son inhabilidades para aquellos que van a ser elegidos Senadores.

En el informativo aparecen como pruebas las siguientes:

-Constancia Secretaría Concejo Municipal de Purificación donde hace constar que el 10 de marzo de 1992, el doctor Ricardo Villegas Ruenes desempeñaba, en la fecha, las funciones de Presidente del Concejo y que no se había registrado renuncia al cargo (fl. 59).

-Nómina suscrita por Villegas Ruenes, como Presidente del Concejo, fechada el 21 de febrero de 1992 (fl. 60).

-Visitas efectuadas a las secretarías del Concejo Municipal y de la Alcaldía por parte de la Personera Municipal (fls. 61 a 64).

-Renuncia irrevocable del señor Villegas Ruenes, fechada el 3 de marzo de 1992 y recibida el 7 de marzo de 1992 (fl. 139).

-Resolución No. 237 de 7 de marzo de 1992, expedida por el Alcalde Municipal de Purificación aceptando una renuncia (fl. 138).

SE OBSERVA:

La Sala debe precisar en primer término respecto de las afirmaciones de la parte impugnante que, aunque a primera vista la disposición que se transcribió pareciera cobijar sólo a los congresistas por su ubicación respecto de la normatividad constitucional, luego de un análisis de la misma, se deduce que su redacción es general por lo cual no puede entenderse referida exclusivamente a los congresistas pues en su contenido tiene la más amplia cobertura y por lo mismo es aplicable al caso de autos.

Ahora bien, en relación con la valoración de las pruebas por parte del Tribunal que es, en últimas, el objeto de la apelación, la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

El artículo 36 del Decreto 1333 de 1986 establece que las renunciadas de los concejales para servir sus cargos serán presentadas ante el Alcalde. En este caso, consta que el demandado presentó la renuncia el 7 de marzo de 1992 ante la autoridad competente, la cual le fue aceptada el mismo día mediante Resolución 237 con efectos inmediatos. Como se trata de un documento público, expedido por funcionario en ejercicio de sus funciones, es plena prueba mientras no se demuestre falsedad, lo que no sucede en esta oportunidad.

Se hace la anterior afirmación por cuanto en los procesos electorales no cabe la prejudicialidad penal, como lo ha sostenido la Sala en forma reiterada (art. 170 C. de P. C.).

SECCION QUINTA

Al anterior hay que agregar que entratándose de medios probatorios, éstos son susceptibles de ser analizados y debatidos dentro del proceso correspondiente mediante los mecanismos que la ley pone al alcance de las partes para establecer su idoneidad.

En el presente caso, el problema se centra en la validez de la Resolución No. 237 dictada por el Alcalde de Purificación el 7 de marzo de 1992, que no fue tachada dentro de la oportunidad legal, por lo cual debe tenerse como prueba al igual que los demás elementos de juicio reseñados.

De su análisis la Sala deduce que mediante la ya citada Resolución No. 237 del 7 marzo de 1991, extemporáneamente cuestionada, el Alcalde de Purificación aceptó la renuncia presentada por el señor Eduardo Villegas Ruenes como Concejal Municipal por lo cual desde dicha fecha el citado señor quedó desvinculado del cargo que venía desempeñando y por lo mismo no quedó incurso en la inhabilidad prevista en la norma invocada.

Respecto de los documentos obrantes a folios 60 a 62, se observa que su fecha es anterior a la de la presentación de la renuncia y a la de las elecciones por lo cual no es del caso analizarlos puesto que no son prueba de los hechos alegados.

En cuanto a la constancia obrante a folio 59 y el resultado de la visita que aparece a folio 63 debe precisarse que tal como lo prevé el artículo 86 del Decreto 1333 de 1986, ya mencionado, la renuncia se presenta ante el Alcalde quien la acepta, por lo cual no es el Concejo el que puede dar fe sobre la misma.

Por último, en cuanto a la visita practicada a la Secretaría de la Alcaldía, obrante a folio 64, única que puede ser analizada por cuanto su fecha es de 10 de marzo de 1992, la Sala coincide con las apreciaciones de la señora Procuradora en el sentido de que se trata de una información suministrada por funcionario de manera informal desde el punto de vista procesal y sin análisis ni respaldo en documentos por lo cual no puede prevalecer frente a la Resolución 237 que tiene, como ya se dijo, plena validez.

Debe agregarse que el caso no amerita ni un auto para mejor proveer, ni la realización de una audiencia pública, pues se trataría de volver sobre cuestiones cuya oportunidad para ser debatidas precluyó y, por lo mismo, la solicitud no puede ser acogida.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Por improcedente no se da trámite a la acción de tutela propuesta conjuntamente con el recurso de apelación por la parte coadyuvante.
2. Confírmase la sentencia del 24 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

*Mirén de la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez,
Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONFESION JUDICIAL - Valor Probatorio

La confesión puede ser judicial o extrajudicial, la primera es la que se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones y, a diferencia de la extrajudicial, puede ser provocada o espontánea, dentro de estas últimas se señalan las que las partes hacen en la demanda, su contestación o en cualquier otro acto del proceso, sin previo interrogatorio. En el caso sub lite se observa, que la confesión espontánea atribuida al demandado por el actor con respaldo en los instrumentos públicos acompañados a la demanda no reúne los requisitos que la ley le asigne a la confesión judicial, ya que no fue hecha ante un juez en ejercicio de sus funciones, ni se realizó dentro de la contestación de la demanda o en acto alguno dentro del proceso. Conforme a la doctrina, la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial depende en gran parte, no del hecho de la confesión en sí, sino de la naturaleza y circunstancias que la rodean en el momento de hacerlas; y fundamentalmente del ánimo confitendi y la finalidad que la motivó. El reconocimiento de los hechos que la constituyen debe derivarse de un acto consciente y libre realizado en la convicción de estar suministrando una prueba cuyo alcance produce, o puede producir un real menoscabo del patrimonio jurídico, material o moral del confesante.

ALCALDE - Requisitos / VECINDAD

Según las voces del art. 78 del C. C., que por vía de autoridad, define para los efectos del art. 2º de la Ley 49/87 lo que debe entenderse por vecindad; ésta puede consistir bien en el lugar donde reside o está de asiento un individuo con ánimo de permanencia; o bien, el lugar o comprensión municipal o metropolitana donde ejerce de manera habitual su profesión u oficio, así no tenga en ellas su residencia. En ambos eventos se cumple el propósito del legislador contemplado en el artículo 2º de la Ley 49/87, sobre el

requerimiento de vecindad de los candidatos para ser elegidos alcaldes. Las disposiciones que consagraron y hoy consagran los requisitos sobre nacimiento y vecindad de los aspirantes a alcaldes en los lugares en los cuales pretenden ser elegidos, fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución actual y tenían y siguen teniendo como finalidad, lograr que la elección que sobre dichos parámetros se haga, recaiga siempre en personas que tengan estrecha vinculación con la región a la cual van a prestar sus servicios; conocedoras de sus diversos problemas y necesidades sociales, económicas y políticas y en capacidad, por lo mismo, de poder darles adecuada solución.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0813.

Actor: Oscar Villada López

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, oportunamente (fl. 242, cdno. ppal.) por el apoderado del actor, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 30 de julio de 1992 (fls. 230-240, cdno, ppal.).

ANTECEDENTES

1º. En ejercicio de la acción pública electoral y por conducto de apoderado, el ciudadano Oscar Villada López, demandó del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la declaratoria de nulidad del acto administrativo contentivo de la elección del señor Jairo de Jesús Escobar Peláez, como alcalde del municipio de Calima, Darién, para el período 1992 a 1994.

Afirma el actor que el acto impugnado es violatorio de los siguientes artículos: 259, 316 de la C. N., 1º y 5º de la Ley 02 de 1992; 78 del C. C.; 223, 227 y s.s. del C. C. A.; 194, 202 y 213 del C. de P. C.

El artículo 259 de la C. N., resultó transgredido, dado que al momento de inscribir su candidatura, el demandado no presentó programa alguno, en otras palabras -dice- se computaron votos por un candidato que no reunía las condiciones constitucionales ni legales (art. 223-5 del C. C. A., en concordancia con el art. 17 de la Ley 62/81).

SECCIONQUINTA

El demandante hace consistir la transgresión del artículo 316 de la Carta en el hecho de que “el Alcalde electo no era vecino de Calima”, circunstancia que considera demostrada con los documentos seguidamente relacionados:

1.1. Solicitud de préstamo a la Caja Agraria, en la cual el señor Jairo de Jesús Escobar Peláez, manifestó ser vecino de Cali y residente en la calle 54 No. 38B 21.

1.2. Escritura pública No. 2103 del 28 de junio de 1991, de la Notaría 6ª de Cali, en la cual aparece que el señor Jairo de Jesús Escobar Peláez y su esposa María Teresa Díez de Escobar, adquirieron una residencia en el Barrio “La Flora” de Cali, donde residen; así mismo, la Escritura Pública No. 6997 del 16 de agosto de 1989 de la Notaría Décima de Cali, en cuya parte final, se lee: “Presentes los señores Jairo de Jesús Escobar Peláez y María Teresa Díez de Escobar, mayores de edad y vecinos de esta misma ciudad, cónyuges entre sí....”.

Las manifestaciones contenidas en las escrituras referidas, son, en sentir del actor, declaraciones ante Notario Público y constituyen confesión espontánea, al tenor del artículo 194 del C. de P. C., por lo tanto, demuestran plenamente la vecindad de Escobar Peláez.

La norma (sin determinar cuál), exige ser vecino del respectivo municipio, un año antes de la fecha de su inscripción y el demandado, no podía serlo del municipio de Calima Darién, ya que el 28 de junio de 1991, afirmó ser vecino de Cali y las elecciones se efectuaron el 8 de marzo de 1992.

El actor no precisa la transgresión del artículo 78 del C. C., tan solo se limita a observar que el demandado tiene una finca en el municipio de Calima, Darién, la cual visita ocasionalmente los fines de semana, sin que ello -dice- implique que reside en dicho municipio.

2º. En el mismo libelo demandatorio, el demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, argumentando que aparecían plenamente probados dos hechos, a saber: que para la fecha de la elección como Alcalde de Calima, Darién, el señor Jairo de Jesús Escobar Peláez tenía su residencia en el municipio de Cali y que al momento de inscribir la respectiva candidatura, no presentó programa de gobierno.

3º. La solicitud de la medida cautelar fue denegada por el *a quo* (fls. 34-37, cdno. No. 4) y habiendo sido apelada, se confirmó en esta instancia (fls. 57-62, cdno. No. 4).

4º. Por conducto de apoderado, al efecto constituido, el demandado contestó la demanda (fls. 127-142, cdno. ppal.) y en el escrito respectivo propuso dos excepciones: la primera cuestionando la legalidad del formulario E-28, que como copia del acto acusado, se anexó a la demanda, y la segunda, alegando inexistencia de las pretensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal *a quo* consideró que el formulario E-28, acompañado con el escrito de la demanda, demuestra que el señor Jairo de Jesús Escobar Peláez fue elegido como Alcalde del municipio de Calima, para el período 1992-1994.

Sostuvo, que el artículo 316 de la Carta, va dirigido a los electores y no a los elegidos, puesto que trata de evitar, que ciudadanos vecinos de unas localidades se trasladen a votar a otro municipio; pero de aceptarse que la disposición constitucional aludida, tiene aplicación a los electores y elegidos, el requisito de la vecindad, por parte del alcalde elegido, que se echa de menos en la demanda, fue suficientemente demostrado en el proceso.

En cuanto hace a los artículos 2º de la Ley 49/87 -modificadorio del artículo 2º de la Ley 78/86- y 78 del C. C., el Tribunal encontró que de la prueba documental aportada al proceso, se establecía sin lugar a dudas que el domicilio del señor Jairo de Jesús Escobar Peláez era el municipio de Calima, Darién y no la ciudad de Cali; así mismo calificó de contestes las declaraciones de los señores Jaime Arizabaleta Calderón, Alberto Murgueitio Restrepo, William Gil Vallejo, Guillermo Vivas Cardona, César Illera Montoya, José Alonso Herrera Mejía y Rubiel Osorio Ledesma, sobre las diversas actividades políticas, sociales, cívicas, administrativas, etc., desarrolladas durante varios años, por el Alcalde elegido.

Contrario sensu, los testimonios recibidos por solicitud del demandante -observa el Tribunal- no logran evidenciar que el domicilio del señor Escobar Peláez fuera la ciudad de Cali, pues en su mayoría, son testigos de oídas y algunos de ellos no hacen más que corroborar la actividad partidista, que en más de un año -antes de su elección- venía realizando el candidato a la Alcaldía.

En relación con la violación del artículo 5º de la Ley 2/92, dijo el *a quo*, que el candidato Escobar Peláez, no sólo dio cumplimiento a la exigencia en él contenida, sino que si al momento de la inscripción no hubiera presentado programa de gobierno, lo anulable sería la inscripción y no la elección.

SECCION QUINTA

El fallador de primera instancia, se abstuvo de considerar las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, al considerar, que ni la legalidad del acto impugnado ni la inexistencia de las pretensiones de la demanda, constituían verdaderos medios exceptivos.

Conforme con lo resumido antes, el *a quo* rechazó, por improcedentes, las excepciones propuestas y denegó las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

Contra la sentencia referida anteriormente y dentro del término que para el efecto señala el artículo 250 del C.C.A., el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación (fls. 246-252, cdno. ppal.), en el que se expresa su inconformidad, porque, en su sentir el *a quo* desconoció el alcance probatorio de las escrituras públicas números 2103/91 y 6997/89, de las Notarías Sexta y Décima de Cali, respectivamente, en las cuales los esposos Escobar Peláez, afirman ser vecinos de Cali, e insisten, que dichas afirmaciones, al tenor del artículo 194 del C. de P. C., constituyen confesión espontánea (precepto que fue desconocido por el *a quo*). Agrega que las circunstancias mencionadas tienen el carácter de documento público, al tenor del artículo 262 *ibidem* y guardan íntima relación con la solicitud de préstamo, que el señor Jairo de Jesús Escobar hizo a la Caja Agraria, del municipio de El Darién.

Considera que el Tribunal no analizó con detenimiento las declaraciones de los señores José Heuberti Largo Marín, Graciela Castaño Murillo, Víctor Manuel Castillo y Héctor Rufino Vásquez, las que califica de objetivas y de las que según cree, se concluye que Jairo de Jesús Escobar, tiene su residencia en Cali, ciudad cercana a El Darién, asegurando que esta última circunstancia le permitía a Escobar Peláez, visitar los fines de semana, la localidad de El Darién.

Dentro del traslado ordenado por auto del 24 de septiembre de 1992, el apoderado del demandado, presentó memorial, en el que solicita se confirme la sentencia apelada (fls. 257-259, cdno. ppal.).

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En un todo de acuerdo con la apreciación probatoria y con la interpretación que el Tribunal hizo del artículo 316 de la Carta, la señora Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso (E.) solicitó la confirmación de la providencia materia del recurso (fls. 263-270, cdno. ppal.).

CONSIDERACIONES

1. El motivo de disenso del actor-apelante, tiene que ver exclusivamente con la valoración probatoria del *a quo*, en relación con los elementos

allegados al proceso y muy especialmente con las expresiones contenidas en las escrituras públicas números 2103 del 28 de junio de 1991 (fls. 4-5, cdno. No. 4) y 6997 del 16 de agosto de 1989 (fls. 7-8, cdno. No. 4) y, que en opinión del recurrente constituyen confesión espontánea, de parte de Jairo de Jesús Escobar Peláez, en el sentido de que su domicilio es la ciudad de Cali.

Revisados los documentos aludidos, se observa que aun cuando en ellos se pone de presente que Jairo de Jesús Escobar Peláez es vecino de Cali, no es como lo afirma el demandante, porque el mencionado Escobar Peláez así lo hubiere manifestado. Pero si en gracia de discusión, se aceptara la existencia de tales manifestaciones, sería el caso de entrar a analizar si ellas constituyen, como lo dice el apelante una "...confesión espontánea al tenor del art. 194 del C. de P.C....".

El precepto aludido reza:

"Art. 194. Confesión judicial. Confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y es espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio".

De acuerdo con la norma transcrita, la confesión puede ser judicial o extrajudicial, la primera es la que se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones y, a diferencia de la extrajudicial, puede ser provocada o espontánea; dentro de esta última se señalan las que las partes hacen en la demanda, su contestación o en cualquier otro acto del proceso, sin previo interrogatorio.

Sin mayor esfuerzo se observa en el caso *sub lite*, que la confesión espontánea atribuida al demandado por el actor con respaldo en los instrumentos públicos acompañados a la demanda no reúne los requisitos que la ley le asigna a la confesión judicial, ya que no fue hecha ante un juez en ejercicio de sus funciones, ni se realizó dentro de la contestación de la demanda o en acto alguno dentro del proceso.

Si bien pudiera atribuírsele las características de una confesión extrajudicial a las manifestaciones que sobre vecindad se afirma, hizo el demandado en los documentos presentados por el actor, el valor probatorio que de tales expresiones se desprende es precario no solamente por carecer de los requisitos de conciencia y libertad, necesarios para darle tal calificación y

SECCION QUINTA

poder producir los efectos jurídicos correspondientes, sino porque el material probatorio existente conduce a desestimarlos como tal.

Conforme a la doctrina, la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial depende en gran parte, no del hecho de la confesión en sí, sino de la naturaleza y circunstancias que la rodean en el momento de hacerlas; y fundamentalmente del ánimo *confitendi* y la finalidad que la motivó. El reconocimiento de los hechos que la constituyen debe derivarse de un acto consciente y libre realizado en la convicción de estar suministrando una prueba cuyo alcance produce, o puede producir, un real menoscabo del patrimonio jurídico, material o moral del confesante.

Por tanto, no es confesión, según Lessona, ninguna declaración que se hace con el ánimo de sacar ventaja o de no sufrir daño.

Confesar, o mejor aceptar, dentro del formalismo peculiar de elaboración de una minuta sobre compraventa de un inmueble o en el formato de una solicitud de préstamo bancario, la vecindad de los contratantes o del peticionario de un crédito, no constituye una forma consciente y libre, de confesar el domicilio de una persona y menos aún para darle o no el alcance jurídico electoral, requerido para la elección de un alcalde popular en los términos del artículo 2º de la Ley 49 de 1987.

Ciertamente que en tal manifestación no puede existir real ánimo *confitendi*, toda vez que de todos es sabido que dichas expresiones son meros formalismos que se consignan en el cuerpo de las escrituras públicas por el redactor del documento, y no el resultado de la confesión expresa, consciente y libre del contratante.

Por estas solas consideraciones debería desestimarse la impugnación. No obstante la Sección, encuentra que el estudio que el *a quo* realizó de la prueba testimonial recibida a petición de las partes, como del verificado sobre los documentos aportados, contribuyen en forma decisiva a desestimar el carácter confesional que se le ha pretendido dar por el demandante a los hechos supuestamente reconocidos por el demandado.

Así se tiene lo siguiente respecto de la prueba testimonial aducida por el actor:

El testigo Heuberti Largo Marín, aseguró, que el tantas veces referido Jairo de Jesús Escobar Peláez, residía en la ciudad de Cali "...porque el mayordomo de él, Otoniel Calderón, vivía en seguida de la casa mía. La señora de don Otoniel es muy amiga de la señora mía, ella va a visitarlo, pero entonces

no podía ir sino entre (sic) semana, porque los fines de semana no podía porque él decía que llegaban los patrones. Por este motivo es que puedo decir que no es residente directamente en el municipio...” (fls. 165, 165 vto., cdno. ppal.).

Por su parte, Graciela Castaño dijo: “... ‘Preguntada: Sírvase decirnos, si tiene conocimiento ¿dónde reside el señor Jairo de Jesús Escobar Peláez? Contestó: Aquí en Cali, porque él no vive en Darién, porque yo he ido a la finca que tienen en el Vergel, yo he ido porque el matrimonio, aclaro porque el mayordomo de él me ha invitado a que vaya allá, él se llama Otoniel Calderón, pero me dice que vaya allá, pero menos los fines de semana, pues como el señor Escobar va a la finca desde el viernes...” (fls. 178-178 vto., cdno. ppal.).

El deponente Víctor Manuel Castillo, expresó: “... Díganos si conoce al señor Jairo de Jesús Escobar Peláez. Contestó: Sí... Lo que (sic) yo sé es que vive en Cali, y él venía los fines de semana a su finca... Preguntado: Sírvase decirnos, ¿por qué razón sabe usted, que el señor Jairo de Jesús Escobar, sólo va a su finca los fines de semana para regresar a Cali los domingos? Contestó: Precisamente porque yo fui su vecino... Yo lo único que sé decirles es que el señor Jairo de Jesús Escobar sabido por todos los o por muchas personas, que su familia vive en Cali, y él vive en Cali. No sé si vaya en semana al Darién...” (fls. 169, 169 vto. y 170 vto., cdno. ppal.).

En la declaración de Rufino Vásquez, se lee: “... ¿conoce al señor Jairo de Jesús Escobar Peláez? Contestó: Bueno, yo a él lo conozco... la residencia de él creo que es aquí en Cali. Preguntado: Sírvase decirnos por qué razón sabe usted que el señor Jairo de Jesús Escobar, viaja al Darién los fines de semana. Como también ‘cree usted que su residencia la tienen (sic) en Cali’ Contestó: ... Por la sencilla razón de que a él se le invitó a participar en la Defensa Civil como activo, pero me manifestaba que le quedaba difícil porque él vivía en Cali... (Fls. 171-171 vto., cdno. ppal.).

Las afirmaciones de Heuberti Largo Marín y Graciela Castaño, tan solo permiten inferir, que alguien llamado Otoniel Calderón y al parecer empleado de Jesús Escobar Peláez, rumoraba que su patrón vivía en Cali, sin embargo, como la declaración del mentado Calderón no aparece en el proceso, tampoco puede precisarse, si las afirmaciones contenidas en los testimonios referidos, corresponden a la realidad, o sólo constituyen interpretaciones o conjeturas de lo rumorado por Otoniel Calderón.

Salta a la vista, que al momento de rendir su declaración, el testigo Víctor Manuel Castillo, no estaba enterado del lugar en el que residía Jairo de Jesús

SECCION QUINTA

Escobar, pues lejos de explicar lo concerniente al lugar, tiempo y modo como tuvo conocimiento del hecho referido, que es lo que en última instancia conduce al fallador a adquirir convencimiento sobre la veracidad del testigo, infiere que, si Escobar Peláez visitaba la finca de su propiedad situada en Darién, era porque vivía en Cali. Como es obvio, un testimonio rendido en las condiciones referidas, carece de todo valor probatorio.

Aún cuando Héctor Rufino Vásquez afirme en su declaración, que fue el mismo Jairo de Jesús Escobar, quien le manifestara que vivía en Cali, no parece estar muy convencido de ello, cuando al interrogársele sobre el particular, de manera indecisa, responde; "...la residencia de él *creo* que es aquí en Cali..." (destaca la Sala).

Lo dicho antes es suficiente para concluir, contra lo que sostiene el apelante, que los testimonios referidos no son objetivos, ni responsivos, tampoco exactos ni completos, luego, obró acertadamente el Tribunal al negarles valor probatorio.

En cuanto a la prueba aportada y solicitada por el demandado, tenemos que fue acreditado su vecinamiento en el Municipio de Calima, Darién, no sólo con las declaraciones rendidas por los señores Jaime Arizabaleta Calderón (fls. 184-187), Alberto Murgueitio Restrepo (fls. 187-188 vto.), William Emilio Gil Vallejo (fls. 189-191), Guillermo Vivas Cardona (fls. 192-193 vto.), César Illera Montoya (fls. 194-195 vto.), José Alonso Herrera Mejía (fls. 196-197) y Rubiel Osorio Ledesma (fls. 197-198 vto.), las cuales, como afirma el fallador de instancia, merecen plena credibilidad por ser contestes y circunstanciadas, sino también con los documentos aportados de los cuales se deduce inequívocamente que su domicilio era el de la citada población no sólo por residir la mayor parte del tiempo en ella, sino por ejercer allí habitualmente su profesión u oficio, circunstancia derivada de las diferentes actividades cívicas, sociales, comerciales y políticas cumplidas en dicha localidad, que fueron acreditadas debidamente en el proceso (fls. 79, 80, 81, 83, 84, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102 a 105, 106 a 107, 108 y 109).

Según las voces del artículo 78 del C. C., que por vía de autoridad define para los efectos del artículo 2º de la Ley 49/87 lo que debe entenderse por vecindad, ésta puede consistir bien en el lugar donde reside o está de asiento un individuo con ánimo de permanencia; o bien, el lugar o comprensión municipal o metropolitana donde ejerce de manera habitual su profesión u oficio, así no tenga en ellas su residencia.

En ambos eventos se cumple el propósito del legislador contemplado en el artículo 2º de la Ley 49/87, sobre el requerimiento de vecindad de los candidatos para ser elegidos alcaldes.

En el caso concreto de Jairo de Jesús Escobar Peláez, queda demostrado con la prueba recaudada, que en una y en otra forma se acreditó su domicilio en el municipio de Calima, Darién, por lo cual la pretensión de la demanda no puede prosperar.

Ahora bien, la Sección encuentra igualmente acertada la interpretación que del artículo 316 de la Carta hace el Tribunal de instancia y su desestimación como normatización aplicable al caso controvertido, agregando para un mejor entendimiento de lo expuesto, que las disposiciones que consagraron y hoy consagran los requisitos sobre nacimiento y vecindad de los aspirantes a alcaldes en los lugares en los cuales pretenden ser elegidos (arts. 2º Ley 78/86 y 2º Ley 49/87), fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución actual y tenían y siguen teniendo como finalidad, lograr que la elección que sobre dichos parámetros se haga, recaiga siempre en personas que tengan estrecha vinculación con la región a la cual van a prestar su servicio; conocedoras de sus diversos problemas y necesidades sociales, económicas y políticas y en capacidad, por lo mismo, de poder darles adecuada solución.

Como bien lo determinan las normas en referencia, las condiciones que el candidato debe llenar para acceder válidamente al cargo son de índole personal y subjetivas, muy diferentes a las generales que se exigen para el ejercicio del derecho a elegir que es propio de todo ciudadano en ejercicio, como parte esencial del principio de participación política consagrado en el artículo 40 de la Carta.

Por tal motivo, no encuentra la Sección aceptable que la elección como alcalde de un candidato carente de una o de todas las calidades previstas en el artículo 2º de la Ley 49/87, cercene o pueda ser violatorio del derecho de participación que todo ciudadano en ejercicio tiene para conformar, ejercer y controlar el poder político del Estado como tampoco que la exigencia de los requisitos legales, como lo afirma el impugnante, esté en contradicción con lo preceptuado en el artículo 312 de la Constitución Nacional; cuyos fines están dirigidos a garantizar la total y plena participación del ciudadano en el ejercicio del poder político, lo cual se alcanza sin menoscabo alguno, respecto de los funcionarios de elección popular, con el ejercicio válido del voto, sea éste depositado en favor de un buen o mal candidato; reúna o no los requisitos de ley para el desempeño del cargo.

SECCIONQUINTA

Respecto a la posible violación de los artículos 259 de la Constitución Nacional y 5º de la Ley 2ª de 1992, la Sección encuentra que con las pruebas obrantes a los folios 56 y 71 a 75 del cuaderno principal; 6 y 8 a 14 del cuaderno de pruebas del demandante; 1 del cuaderno de pruebas del demandado, como de las declaraciones solicitadas por este último, se establece clara e indubitadamente la inexistencia del cargo sobre omisión en la presentación del programa de gobierno, que, de existir, no tendría, como lo afirma el *a quo*, el alcance jurídico pretendido por el actor, por no constituirse en causal de nulidad de la elección.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Ministerio Público y parcialmente de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 30 de julio de 1992.

2. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA / PROVIDENCIAS / RECURSO DE APELACION / LEGISLACION ESPECIAL

La aplicación o no de lo dispuesto en el artículo 351 del C. de P. C., en esta jurisdicción, para determinar la apelabilidad o no de determinadas providencias, depende de si el asunto al cual se refiera la providencia apelada, se encuentra plenamente regulada en el C.C.A., o al contrario no lo está y por ello procedería estudiar si dicho caso se encuentra comprendido dentro de alguna de las remisiones que el C.C.A. hace al C. de P. C. En la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la aclaración o corrección de la demanda está regulada en el art. 208 del C. C. A., subrogado por el art. 47 del D. E. 2304 de 1989 y específicamente para los procesos electorales en el art. 250 ibidem, modificado por el art. 66 de la Ley 96 de 1985, sin que se mencione remisión alguna al C. de P. C., por lo cual su apelabilidad debe regularse exclusivamente por lo dispuesto en la legislación especializada, sin que tal proceder atente contra la inescindibilidad del art. 351 del C. de P. C., pues encuentra respaldo en la misma norma jurídica.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., enero 21 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0894.

Actor: Rafael Casado Amaris.

Electoral segunda instancia

Contra el auto de diciembre 4 de 1992 proferido por la Sala, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de junio 16 de 1992, emanado del Tribunal Administrativo del Magdalena, el mismo

SECCION QUINTA

recurrente ha interpuesto el recurso de reposición, con fundamento en que el Consejo de Estado en sus diferentes secciones, incluyendo la quinta, ha sostenido que la enumeración hecha por el artículo 181 del C. C. A. de los autos apelables es enunciativa y no taxativa, citando varias de las providencias en las que se ha sostenido dicha tesis.

Una vez agotado el trámite del recurso, sin pronunciamiento de la parte contraria, es del caso entrar a resolverlo, luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. Como bien lo dice el recurrente, no es aceptable la interpretación del artículo 181 del C. C. A., en el sentido de que su relación de autos apelables sea taxativa cuando se trate de procesos electorales, y enunciativa frente a los demás procesos, interpretación que no es la que en la práctica se da en el Consejo de Estado, pues el que las diferentes secciones de la Sala Contenciosa tengan criterios divergentes sobre ese tema, no radica en que se trate de naturaleza distinta de los procesos, sino en la regulación especial que el C. C. A., hace de ese tema para la jurisdicción, sin que haya necesidad de recurrir a otras codificaciones para llenar un vacío que no existe.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha expuesto la taxatividad de la enumeración hecha por el artículo 181 del C. C. A., en los autos de fechas octubre 23 de 1991, expediente No. 5744 y octubre 30 del mismo año, expediente No. 5828, y esta sección, aunque anteriormente sostuvo que era enunciativa acorde con la tesis de la Sección Tercera, ha variado dicha concepción por los motivos expuestos en el auto recurrido de noviembre 19 de 1992, por lo cual, no sólo en los procesos electorales se ha interpretado el mentado artículo en la forma mencionada.

2. La aplicación o no de lo dispuesto en el artículo 351 del C. de P. C., en esta jurisdicción para determinar la apelabilidad o no de determinadas providencias, depende de si el asunto al cual se refiera la providencia apelada, se encuentra plenamente regulado en el C. C. A., o al contrario, no lo está y por ello procedería a estudiar si dicho caso se encuentra comprendido dentro de alguna de las remisiones que el C. C. A. hace al C. de P. C. (arts. 167, 161 subrogado por el art. 36, D. E. 2304/89, 162, 267, etc., C. C. A.). En la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la aclaración o corrección de la demanda está regulada en el artículo 208 del C. C. A., subrogado por el artículo 47 del D. E. 2304/89 y específicamente para los procesos electorales en el artículo 20 *ibidem*, modificado por el artículo 66 de la Ley 96 de 1985, sin que se mencione remisión alguna al C. de P. C., por lo cual su apelabilidad

debe regularse exclusivamente por lo dispuesto en la legislación especializada, sin que tal proceder atente contra la inescindibilidad del artículo 351 del C. de P. C., pues encuentra respaldo en la misma norma jurídica.

3. La referencia hecha por el recurrente al auto de noviembre 26 de 1992 proferido por el magistrado ponente perteneciente a esta sección, mediante el cual le dio trámite a la apelación interpuesta contra un auto proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el Expediente No. 0843, para denotar un criterio encontrado sobre el tema estudiado, debe tenerse en cuenta, aceptando que dicha providencia se profirió respecto a un auto que resolvió sobre una nulidad procesal, que el mismo es una mera providencia de trámite que no obliga a la sección y tampoco al magistrado que lo profirió para el momento en que se vaya a resolver el recurso.

Por las razones anotadas y al no haber variado el criterio anotado, la Sección Quinta de la Sala Contencioso- Administrativa del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Negar el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra el auto de diciembre 4 de 1992 proferido por esta Sala.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION DE NULIDAD - Fines

El objetivo de la acción de nulidad es enfrentar un acto administrativo con las normas jurídicas que se estima violadas en la demanda para deducir si existe o no la infracción alegada. El enfrentamiento del acto administrativo, en consecuencia, solo puede darse con normas jurídicas no con hechos ni con disposiciones que no tengan el carácter en mención.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL / CONTRALOR MUNICIPAL - Período / REVOCATORIA DEL MANDATO

La Sala debe precisar en cuanto a la denominada revocatoria del mandato que su análisis debe hacerse teniendo en cuenta el manejo constitucional que se dio al actual Contralor General de la República en cuyo artículo 36 tr. se estableció expresamente que continuará en su cargo hasta tanto el Congreso elegido para el período 1994-1998 realice la nueva elección en la oportunidad señalada en la norma; en consecuencia, si en relación con los contralores departamentales y municipales no se expidió una norma en el mismo sentido y, en cambio, se unificó el período y el inicio del mismo con el de los Gobernadores, la consecuencia lógica es que en el caso de los Contralores Departamentales el período fue variado sin que sea posible alegar violación de derechos adquiridos, sin respaldo en el derecho público.

ACTO DE DECLARACION DE ELECCION / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Período

Si la Constitución Nacional señala el período de los señores contralores departamentales el hecho de que el mismo no se

mencione en el acto declaratorio de elección no lo torna en inválido por cuanto no es de la esencia del mismo. Además este aspecto tampoco constituye una causal de nulidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., enero 22 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0824.

Actor: Máximo Hurtado Hernández.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 13 de agosto de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo del Cauca decidió denegar las súplicas de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección del señor Benjamín Iragorri Hormaza como Contralor del Departamento del Cauca para el período comprendido entre 1992-1995.

El demandante invoca como infringidas las siguientes normas: los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 29, 272 y el preámbulo de la Constitución Nacional, así como el artículo 250 del Decreto-ley 1222 de 1986.

Manifiesta la parte actora que la Asamblea Constituyente, al no aprobar el artículo 4º de su agenda en la sesión del 3 de julio de 1991, efectuó una acción compensatoria ya que el artículo 299 de la Carta Magna, en concordancia con el artículo 19 transitorio de la misma, dejó intactos los períodos de Concejales y Diputados para el período comprendido entre 1990-1992. Contra esta voluntad soberana, no puede anteponerse el querer de una institución como es la Asamblea Departamental, ni tampoco el honorable Consejo de Estado.

Ahora bien, como no aparece determinado el período para el cual fue nombrado Iragorri Hormaza, se violó el principio consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Inclusive, el acto acusado fue expedido mediante un trámite irregular, ya que no estaba reglamentada la ley sobre elección de contralores.

Por último, se presenta abuso de poder ya que la Asamblea Departamental no puede vulnerar el querer de la Asamblea Nacional Constituyente y el artículo 250 del Decreto-ley 1222 de 1986 está vigente, por lo cual no puede ser ignorado por la Asamblea (fls. 41 a 48).

SECCION QUINTA

Mediante auto fechado el 5 de diciembre de 1991, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional, pues los argumentos expuestos son objeto de controversia, por lo cual, es necesario oír a las partes para emitir un fallo (fls. 51 a 55). Esta decisión fue apelada ante el Consejo de Estado, que confirmó el auto inicial (fls. 73 a 78).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Cauca por sentencia del 13 de agosto de 1992 denegó las súplicas de la demanda encaminada a obtener la nulidad de la elección del señor Benjamín Iragorri Hormaza, como Contralor Departamental del Cauca, con base en los siguientes argumentos:

- Mediante el concepto fechado el 10 de septiembre de 1991, emitido por el honorable Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jaime Betancur Cuartar, quedó claramente establecido que el período de los Contralores Departamentales se igualó al de los Gobernadores no solo en su duración sino en la coincidencia de la iniciación del mismo, y por ello deben contarse los tres años, a partir del 2 de enero de 1992.

De lo anterior se deduce que, como las Asambleas Departamentales sesionan ordinariamente entre el 1º de octubre y el 30 de noviembre, durante este lapso deben elegir los respectivos contralores que habrán de posesionarse el 2 de enero de 1992.

- En lo que hace referencia a cuál fue el querer de los Constituyentes, el honorable Tribunal se remite al fallo de la honorable Corte Constitucional, sobre el "período de estos funcionarios según la nueva constitución", con ponencia del doctor José Gregorio Hernández G., donde se llega a la conclusión que al quedar derogada la antigua Constitución, con todas sus reformas, la nueva Carta Magna establece que el período de los Contralores debe ser igual al de los Gobernadores, es decir, de tres años y que los Contralores, cuyo período debía vencerse el 31 de diciembre de 1992, se les terminó anticipadamente, al entrar en vigencia la Nueva Constitución Política que introdujo la modificación de períodos iguales en su duración y coincidentes en su iniciación para Gobernadores y Contralores Departamentales.

- Vale aclarar que los Tribunales Superior y Contencioso Administrativo, al conformar la terna de candidatos para la elección de Contralor, no hicieron cosa distinta que cumplir con una función de origen constitucional. Resultaría antijurídico presumir que la Constitución Nacional solo puede aplicarse en la

medida en que la norma sí esté reglamentada, máxime cuando el precepto constitucional le está asignando una nueva función a un organismo que no es nuevo, como son los dos Tribunales.

- El no señalamiento expreso del período para el cual fue elegido el funcionario no vicia de nulidad la elección, por cuanto lo señala directamente la Constitución (fls. 220 a 239).

LA APELACION DE LA SENTENCIA

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal, el actor presentó recurso de apelación contra la providencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Cauca, solicitando se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se decrete la nulidad solicitada en la demanda, ratificando los argumentos de la demanda y con base en las siguientes apreciaciones:

- En primer lugar, el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil no es un fallo, por lo tanto no es obligatorio, máxime cuando no fue unánime pues hubo un salvamento de voto.

- En segundo lugar, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 establece que las sentencias en que se revise una decisión de tutela “solo surtirán efectos en el caso concreto”, razón por la cual mal podría el Honorable Tribunal extender mecánicamente los fallos emitidos para casos determinados.

- En tercer lugar, no entiende el apelante cómo puede decir la Honorable Corte Constitucional que el período de los Contralores fue modificado, cuando precisamente la Asamblea Nacional Constituyente no aprobó el artículo 4º de la agenda de la sesión, cuyo propósito era modificar el período de los Contralores que en ese momento desempeñaban sus funciones.

- Por último, cuando se elige Contralor se le confiere un mandato indirecto, que requería de una expresa disposición para ser revocado, la cual no figura en el texto constitucional (fls. 241 a 243).

A lo anterior agrega que como los demás cargos no fueron analizados por el Tribunal, se remite a los planteamientos iniciales para que sean estudiados.

CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Octava Delegada en lo Contencioso solicita la conformación de la providencia por considerar que los cargos no están llamados a prosperar ya que la elección del señor Benjamín Irigorri Hormaza se surtió de acuerdo con lo establecido en la Constitución Nacional (fls. 257 a 263).

SECCIONQUINTA

CONSIDERACIONES

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto por el artículo 129-1 del Decreto 01 de 1984 en concordancia con el artículo 132-2 *ibidem*.

El fondo del negocio: La Sala procede a analizar los cargos en el mismo orden en el cual se plantean en la demanda.

Primer cargo: Violación del querer del Constituyente Primario, en cuanto éste no aprobó el artículo 4º de su agenda en la sesión del 3 de julio de 1991.

El proyecto del artículo 4º rezaba:

“Las Asambleas Departamentales designarán contralores para sus respectivos departamentos, en el mes de noviembre de 1991, de conformidad con los procedimientos de elección que esta Constitución establece y las normas sobre calidades e inhabilidades. Los Contralores designados se posesionarán el 2 de enero de 1992”.

Al respecto la Sala debe precisar que el objetivo de la acción de nulidad es enfrentar un acto administrativo con las normas jurídicas que se estiman violadas en la demanda para deducir si existe o no la infracción alegada.

El enfrentamiento del acto administrativo, en consecuencia, sólo puede darse con normas jurídicas no con hechos ni con disposiciones que no tengan el carácter en mención.

En el presente caso se alega que el acto administrativo infringió el querer de la Asamblea Constituyente que improbo un proyecto de artículo que planteaba que las Asambleas Departamentales designaran contralores en noviembre de 1991, que se posesionarían el 2 de enero de 1992; tal querer, por no constituir una norma jurídica no puede ser objeto de violación, por lo que por este sólo aspecto el cargo debe recibir despacho desfavorable.

Ahora bien, la improbación de un proyecto de norma no puede tomarse en sí misma como la aprobación de la conducta contraria, si ésta no aparece expresa en las disposiciones vigentes o, para el caso, sí aprobadas, o no se deduce del análisis de las mismas.

En consecuencia lo procedente es analizar si las disposiciones que se estiman infringidas por la parte actora en su demanda lo fueron efectivamente por el acto administrativo que se impugna, y a ello procede la Sala.

El artículo 272 de la Constitución Nacional, invocado, establece que corresponde a las Asambleas elegir contralor por un período igual al de Gobernador o Alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el Tribunal Superior de Distrito Judicial y uno por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Se observa que el apelante muestra su discrepancia con lo que considera la aplicación de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación y un fallo de la honorable Corte Constitucional en Sala de Revisión, sin que ninguno de los dos tuviera carácter obligatorio, al decidir la demanda en estudio.

Al respecto debe precisar la Sala que ni los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación ni las decisiones adoptadas por la Honorable Corte Constitucional en Sala de Revisión de fallos de tutela son de obligatoria aplicación en la decisión de la demanda de nulidad de carácter electoral que se analiza, pero sí constituyen elementos de juicio que usualmente se tienen en cuenta y, más aún, cuando entre los fallos que se revisan en el caso de la sentencia de la Honorable Corte Constitucional, está el del Contralor del Cauca propuesto con ocasión de su relevo mediante la elección que aquí se impugna.

Precisamente, y tal como lo reseñó el Tribunal, la Honorable Corte Constitucional hace un minucioso estudio del artículo 272 de la Constitución Nacional en especial de la frase “según el caso” que trae la norma para deducir que sobraría si no tuviera como fin el unificar no solo el período de los contralores departamentales y municipales con el común de tres años establecido para Gobernadores y Alcaldes sino su inicio, según el caso, con el de gobernadores, primero de enero, o alcaldes, primero de junio, que es en realidad el único aspecto que no resulta coincidente y que amerita el giro gramatical que trae la norma.

Está tan clara la argumentación anterior que la Sala no puede menos que compartirla, tal como lo hizo el Tribunal y la señora Procuradora Octava colaboradora, agregando que con ocasión de la apelación no se aporta fundamentación alguna que la desvirtúe.

Ahora bien, en cuanto a la denominada revocatoria del mandato, la Sala debe precisar que su análisis debe hacerse teniendo en cuenta el manejo constitucional que se dio al actual Contralor General de la República en cuyo artículo 36 tr. se estableció expresamente que continuará en su cargo hasta tanto el Congreso elegido para el período 1994-1998 realice la nueva elección

SECCION QUINTA

en la oportunidad señalada en la norma; en consecuencia, si en relación con los contralores departamentales y municipales no se expidió una norma en el mismo sentido y, en cambio, se unificó el período y en el inicio del mismo con el de los Gobernadores, la consecuencia lógica es que en el caso de los Contralores Departamentales el período fue variado sin que sea posible alegar violación de derechos adquiridos, sin respaldo en el derecho público.

En este orden de ideas el cargo debe despacharse desfavorablemente.

Segundo cargo: La Sala debe anotar que si la Constitución Nacional señala el período de los señores contralores departamentales el hecho de que el mismo no se mencione en el acto declaratorio de elección no lo torna en inválido por cuanto no es de la esencia del mismo. Además este aspecto tampoco constituye una causal de nulidad, por lo cual no prospera el cargo.

Tercer cargo: Independientemente de que las disposiciones constitucionales sean susceptibles de reglamentación, la señalada como infringida no establece la misma como requisito *sine qua non* para ser aplicada. En consecuencia era posible, como sucedió en el presente caso, darle cumplimiento, sin que, de otra parte, se presentaran las inquietudes que se plantean en la demanda.

Lo anterior unido a las consideraciones hechas por la Sala al resolver los cargos anteriores llevan a desechar el cargo propuesto.

Cuarto cargo: De todo lo hasta aquí expuesto se deduce claramente que la Asamblea no infringió ninguna de las disposiciones invocadas por la parte actora como infringidas por lo cual no puede hablarse de abuso de poder, cargo que por no tener respaldo alguno debe desecharse.

En la misma forma debe rechazarse el cargo de violación del artículo 250 del Decreto 1222 de 1936, pues, como se explicó al absolver los cuestionamientos anteriores, el período de los contralores fue variado por lo que no puede hablarse de infracción de la disposición invocada ni cabe la aplicación del artículo 235 del estatuto mencionado.

En este orden de ideas, se concluye que la decisión del Tribunal debe ser confirmada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 13 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

*Mirén de la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez,
Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL - Inhabilidades / CONCEJAL - Incompatibilidades / NEPOTISMO / ALCALDE - Elección

El inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, sí limita la actividad de los concejales en cuanto establece que ni sus parientes ni los de los funcionarios que allí se mencionan, podrán ser nombrados o elegidos en las dependencias del municipio, pues, precisamente son los concejales quienes tienen la facultad de proveer cargos por nombramiento o elección. Es claro que la norma en cita amplía las inhabilidades para desempeñar cargos en las dependencias municipales, pero no aduce a los alcaldes porque al hablar de elecciones no se refieren a las populares sino a las efectuadas por quienes pueden proveer cargos en las citadas dependencias mediante tal modalidad, pues la finalidad de la disposición es la de impedir la configuración del vicio conocido como Nepotismo de una forma más rigurosa que la contemplada en el artículo 87 del Decreto 1333 que reforma, y la finalidad en cuestión solo se logra cuando la elección no es popular puesto que en esta última es la voluntad de la ciudadanía la que interviene y no el querer del concejal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero 22 de 1993.

Ref.: Expediente número 0803.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Actor: Abelardo Cortés Cortés.

APELACION DE SENTENCIA

Conforme a lo previsto por el artículo 251 del C.C.A., procede la Sala a resolver la apelación interpuesta contra la sentencia del 13 de agosto de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia.

Dan cuenta los autos que el señor Abelardo Cortés, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, demandó el acto del 11 de marzo de 1992 mediante el cual la Comisión Escrutadora Municipal declaró elegido como Alcalde Municipal de Suesca, Cundinamarca, al señor Jorge Enrique Guáqueta Cagua, para que se declare su nulidad y, como consecuencia, se ordene la cancelación y anulación de la credencial respectiva y se comunique la decisión a las autoridades señaladas en el libelo.

Los hechos que relata el actor son, en síntesis, los siguientes:

1. El 8 de marzo de 1992 se llevaron a cabo en el territorio municipal los comicios para elegir, entre otros, al Alcalde.
2. El 11 de marzo la Comisión Escrutadora Municipal, declaró elegido a Jorge Enrique Guáqueta Cagua como Alcalde Municipal.
3. El elegido es hermano de Abraham Guáqueta Cagua, quien fue elegido, se posesionó y desempeñó como Concejal del municipio, por el período 1990-1992.
4. El señor Jorge Enrique Guáqueta Cagua era inelegible por el parentesco anotado.

La anterior actuación, considera el actor, es violatoria de las siguientes disposiciones:

Artículo 87 del Código de Régimen Municipal, modificado por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 en su inciso 2º, cuyo texto transcribe.

Artículo 293 de la Constitución Nacional que defiere a la ley la determinación de incompatibilidades de los ciudadanos para el desempeño de funciones públicas en entidades territoriales.

La primera de las disposiciones resultó infringida porque siendo Jorge Enrique Guáqueta Cagua, hermano de Abraham Guáqueta Cagua, (Concejal por el período 1990-1992 período que estaba corriendo), fue elegido como Alcalde, el primero.

El señor Jorge Enrique Guáqueta Cagua, obrando en su propio nombre, se hizo parte en el juicio y en el escrito de contestación de la demanda manifestó oponerse a las peticiones de la demanda, se atiene a lo probado, respecto de los hechos, y con relación a los cargos de violación expone:

SECCION QUINTA

Respecto del artículo 87 del Código de Régimen Municipal argumenta que es equivocada la apreciación del demandante pues lo que la norma establece es la prohibición para los Concejales, que estén en ejercicio, que deben hacer las elecciones y nombramientos que los mismos recaigan en parientes porque puede entrabarse la buena marcha de la Administración.

Es tan clara la disposición que los Concejales pueden aspirar a las Alcaldías y, con mayor razón, pueden hacerlo sus parientes. Cita al respecto la sentencia del 25 de marzo de 1987 de esta Corporación.

Por último manifiesta que existe, además, el problema de la reglamentación que la disposición constitucional defiere a la ley que será en últimas la que establezca las pautas sobre los aspectos debatidos.

El Tribunal Administrativo en sentencia del 13 de agosto de 1992 decidió denegar las súplicas de la demanda por considerar que la norma invocada como infringida se refiere a los nombrados por funcionarios municipales y para los elegidos por los Concejos pero no para elección popular de Alcaldes, pues si la disposición invocada pertenece al Título IV de los Concejos, Capítulo II de los Concejales es claro que solo es aplicable a los nombrados o elegidos por ellos.

Las inhabilidades para ser elegido Alcalde se encuentran según el *a quo* en el artículo 179-8 de la Constitución Nacional y en el artículo 5º de la Ley 78 de 1986 (modificado en su literal c) por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990) y en el artículo 6º *ibidem*, las incompatibilidades para desempeñar el cargo en mención.

Al caso, concluye, le es inaplicable el artículo 19 de la Ley 53 de 1990.

La sentencia anterior fue apelada por el demandante por las siguientes razones:

Manifiesta que el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 se compone de dos partes determinadas y de diferente aplicación:

El inciso primero que solo es aplicable a los Concejales, señala la prohibición general, la excepción a ésta y la consecuencia jurídica. Establece, en resumen, una incompatibilidad para los Concejales.

El inciso segundo de la misma disposición (con la aclaración del recurrente en el sentido de que el artículo 292 de la Constitución Nacional redujo el parentesco de consanguinidad al segundo grado y el de afinidad al primero), no establece inhabilidad o incompatibilidad para los concejales. Inhabilita a los

ciudadanos que no son Concejales para ser nombrados o elegidos en cualquier cargo del municipio.

No se refiere exclusivamente a Concejales y Concejos por el solo hecho de que el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 modifique el artículo 87 del C.R.M.

Dentro del inciso 2º del artículo 19 se menciona al Alcalde (no elegido por el Concejo), funcionario que dentro de la tesis del Tribunal no podría mencionarse en el título que se refiere al Concejo y el capítulo que se refiere a Concejales.

El municipio es una unidad jurídica inescindible y debe entenderse que la expresión de la norma cobija al Alcalde.

Al respecto aduce lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, el 30 de abril de 1991, al explicar el contenido, alcance y aplicación del artículo 19 de la Ley 53 de 1990.

Agrega que el Tribunal se contradice cuando afirma que la inhabilidad establecida en el artículo 179 de la Constitución Nacional es aplicable al Alcalde mientras que la del artículo antes citado no, pues la norma constitucional aparece en el capítulo VI (De la rama legislativa) capítulo (De los Congresistas) de la Carta Política.

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso solicita la confirmación de la sentencia apelada por considerar que la norma invocada como infringida no establece inhabilidad alguna para los Alcaldes, sino prohibiciones para quienes sean parientes, cónyuge, compañera o compañero de los funcionarios señalados en la norma y de los concejales, para ser nombrados o elegidos en el respectivo municipio o para contratar con el mismo.

CONSIDERACIONES

La demanda, como ya se reseñó en otro acápite de esta providencia, señaló como infringidos los artículos 293 de la Constitución Nacional y 87 del Decreto 1333 de 1986, tal como fue modificado por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, en su inciso segundo, en la forma como aparece en el libelo.

La primera de las disposiciones mencionadas es del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para

SECCION QUINTA

el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones”.

De la anterior transcripción se deduce claramente que la determinación de incompatibilidades, inhabilidades etc., queda deferida a la ley por la norma constitucional, por lo que no es aplicable al caso. Debe analizarse la ley en concreto.

La segunda de las disposiciones mencionadas dice:

“El artículo 87 del CRM, quedará así:

“Los concejales, principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión.

“El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad o 1º civil del alcalde, de los concejales principales o suplentes, del contralor, del personero, del secretario del concejo, de los auditores o revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación”.

Del texto anterior se desprende que, según el primer inciso, los concejales no pueden ser nombrados empleados del mismo municipio, salvo en el cargo de Alcalde por designación o nombramiento.

El segundo inciso extiende la prohibición de nombrar o elegir para cargo en dependencia alguna del respectivo municipio a quienes estén ligados por los vínculos y con el límite señalado en la ley con cualquiera de las personas que ocupen los cargos en ella previstos.

En relación con las anotaciones del apelante en el sentido de que debe interpretarse con el mismo criterio el artículo 179-8 de la Constitución Nacional y el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, para no incurrir en contradicción, la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

Independientemente de las diferencias provenientes de la jerarquía y origen de cada una de las normas, la Sala observa que la filosofía de cada una es diferente:

En efecto mientras el artículo 179 hace parte de un ordenamiento nuevo y, por lo mismo, no está ligado por ubicación o tema con disposiciones vigentes con anterioridad, el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, según lo dice expresamente, se dicta para modificar el artículo 87 del Decreto 1333 de 1986, por lo que salta a la vista que su interpretación está circunscrita al contexto de la norma modificada.

De otra parte, el caso del numeral 8º del artículo 179 es bastante particular porque según la opinión coincidente de quienes fueron miembros de la Asamblea Constituyente, por error en la agrupación del articulado, se incluyó dicho numeral en la citada norma, cuando debió hacer parte de una disposición diferente; dicho aspecto debe tenerse en cuenta cuando se requiera elaborar la interpretación correspondiente a dicha norma, lo que no sucede en el caso en estudio en el cual no aparece citada como infringida la mencionada disposición constitucional y la Sala considera no es del caso hacer un estudio sobre la misma.

Volviendo al estudio de la disposición invocada, y contrario a lo afirmado por la parte apelante, es claro que el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, antes transcrito, sí limita la actividad de los concejales en cuanto establece que ni sus parientes ni los de los funcionarios que allí se mencionan, podrán ser nombrados o elegidos en las dependencias del municipio, pues, precisamente, son los Concejales quienes tienen la facultad de proveer cargos por nombramiento o elección.

Ahora bien, es claro que la norma en cita amplía las inhabilidades para desempeñar cargos en las dependencias municipales, pero no alude a los Alcaldes porque al hablar de elecciones no se refiere a las populares sino a las efectuadas por quienes pueden proveer cargos en las citadas dependencias mediante tal modalidad, pues la finalidad de la disposición es la de impedir la configuración del vicio conocido como Nepotismo de una forma más rigurosa que la contemplada en el artículo 87 del Decreto 1333 que reforma, y la finalidad en cuestión sólo se logra cuando la elección no es popular puesto que en esta última es la voluntad ciudadana la que interviene y no el querer del Concejal.

Resulta tan claro el sentido de la disposición que el mismo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación del 30 de abril de 1991, citado por el apelante, al fijar el contenido, alcance y aplicación del mencionado artículo 19 de la Ley 53 de 1990, dice:

“La disposición legal transcrita en el aparte anterior, no solamente reitera las prohibiciones de la norma que modifica (el artículo 87 del Código de

SECCION QUINTA

Régimen Municipal), sino que introduce nuevas prohibiciones en relación con los concejales, los alcaldes y los funcionarios o empleados que son elegidos por los concejos, a saber, el personero, el contralor, el secretario de dicha Corporación, y los auditores o revisores”.

Como consecuencia de lo visto la Sala concluye que la disposición invocada no es aplicable al presente caso por lo cual las peticiones de la demanda deben despacharse desfavorablemente, como lo hizo el Tribunal cuyo fallo debe confirmarse.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

*Mirén de la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez,
Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - Improcedencia

La labor revisora del fallador ad quem, no puede extenderse a situaciones diferentes a las referidas en el proveído objeto del recurso, tampoco pueden comprender elementos probatorios que no fueron considerados por el a quo; ello explica, que el decreto de pruebas en segunda instancia sea viable, solamente en los eventos relacionados en el artículo 214 del C.C.A., previa demostración por parte del interesado, de los hechos que impidieron su aporte o práctica en la primera instancia. En consecuencia y para el caso subanálisis, el peticionario tenía que haber demostrado el hecho constitutivo de fuerza mayor, caso fortuito o, la obra de la parte contraria que le impidió allegar en la primera instancia, las pruebas cuyo decreto demanda en la segunda, pero estos hechos ni siquiera fueron alegados por el recurrente.

NULIDAD ELECTORAL / ALCALDE - Inhabilidades / CONCEJAL / EMPLEO DE ELECCION POPULAR

Si el artículo 179 de la Constitución Nacional, consagra las inhabilidades para ser congresistas y en el numeral 8º, señala en sentido general para todos los residentes en Colombia, que “Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”, tenemos que concluir que en dicha norma se está consagrando una inhabilidad que cobija a todas aquellas personas que en un momento dado formen parte de una corporación pública u ocupen un cargo público. Como el demandado para la fecha en que fue elegido alcalde del Municipio de Nicay, para el período de 1992-1994, tenía la calidad de concejal del mismo municipio, conforme a los documentos allegados al proceso, tenemos que concluir que se encontraba

SECCION QUINTA

cobijado por la inhabilidad mencionada y por ello, deberá anularse su elección como alcalde del citado municipio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Ref.: Expediente número 0828.

Actor: Gerardo Alfonso Figueroa Bermúdez.

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente (fls. 110-113-116), por el apoderado del actor, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 27 de agosto de 1992.

ANTECEDENTES

1. Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Gerardo Alfonso Figueroa, demandó del Tribunal Administrativo del Cauca, la Declaratoria de nulidad de la elección del señor Azael Riascos, como Alcalde Popular del Municipio de López de Micay, para el período constitucional iniciado el 1º de junio de 1992. Como consecuencia, solicitó la cancelación de la respectiva credencial y el cumplimiento por parte del Gobernador del Cauca, de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 78 de 1986.

2. En el mismo libelo demandatorio, el actor solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, aduciendo que de la confrontación directa y con fundamento en lo expuesto en la demanda, surgía manifiesta la infracción del artículo 179 de la Carta Fundamental.

3. Después de que el actor subsanó los defectos de orden formal que el Tribunal observara, la demanda fue admitida y en el mismo proveído, se denegó la medida cautelar referida (fls. 32-36).

4. Por conducto de apoderado, al efecto constituido, el alcalde de López de Micay, contestó la demanda y propuesto dos excepciones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. De los medios exceptivos

1.1. A juicio del *a quo*, la excepción de caducidad de la acción, propuesta en la contestación de la demanda, no se configuró, dado que la elección cuya

nulidad se impetra, se realizó el 8 de marzo de 1992 y el libelo se presentó el 3 de abril siguiente, es decir, dentro del término que para ese efecto señala el artículo 7º de la Ley 14 de 1988.

Tomando como base dos decisiones emanadas de esta Sala (Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Exp. 0509. Actor: Rodolfo Martínez, y Exp. 0534. Actor: Hernando Hurtado Carabalí. Consejera ponente doctora Clara González de Barliza), el *a quo*, determinó, que si la demanda fue presentada oportunamente, debió darse al actor, el término señalado en el artículo 143 del C.C.A., para efectos de su corrección.

1.2. La falta de legitimación pasiva del tercero, con interés directo en las resultas del proceso, que como segunda excepción propuso el demandado, se configuró, en sentir de éste, por no haber sido demostrado que el Alcalde Azael Riascos, también fue elegido concejal.

El *a quo* dijo que esta segunda excepción no podía prosperar, porque de llegar a ser cierta esta afirmación, el supuesto de hecho de las pretensiones, que es lo debatido en el proceso no podría llegar a probarse y entonces, la sentencia debería ser de fondo y no inhibitoria, en otras palabras -dijo- la mencionada afirmación no es una excepción, sino que constituye la parte central de la controversia.

2. Para el fallador de primera instancia la ubicación del artículo 179-8 de la Constitución Nacional, indica que se aplica a los congresistas, pues en su opinión, el régimen de inhabilidades de los concejales, se rige por el artículo 312 de la Carta; pero como este precepto carece de desarrollo legal, decidió concordarlo con el inciso primero del artículo 291 de la Carta, según el cual, los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, no pueden aceptar cargo alguno en la administración y si lo hicieren pierden su investidura.

La última de las disposiciones mencionadas, haría nugatoria la excepción contenida en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, que prohíbe el nombramiento de concejales para el desempeño de empleos oficiales en el respectivo municipio, a menos que fuesen designados o nombrados alcaldes, caso en el cual, se produciría la pérdida automática de la investidura, a partir de la fecha de la posesión.

Concluyó entonces el Tribunal, que en este caso debían aplicarse las normas constitucionales referidas (arts. 291 con cor. 312), sin desconocer el concepto del 23 de enero de 1992 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del doctor Jaime Betancur Cuartas, según el cual, la inhabilidad para

SECCION QUINTA

aspirar a otro cargo o corporación, respecto de congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes, subsiste, mientras ejerzan efectivamente el cargo, contrario sensu, si el concejal no lo ejerce, puede válidamente inscribirse y ser elegido.

La constancia suscrita por el Alcalde Municipal de López de Micay (Cauca), da cuenta no solo de que Azael Riascos resultó elegido concejal de dicho municipio, para el período de 1990-1992, también indica que antes de las elecciones del 8 de marzo de 1992, no presentó renuncia alguna, pese a lo cual el Tribunal echó de menos la prueba indicadora de que el señor Riascos ejerció el cargo, circunstancia que en concepto de la Sala de Consulta, estructura la inhabilidad constitucional para desempeñar dos cargos concurrentes (art. 179 - 8), para el caso de que esta norma no estuviera dirigida exclusivamente a los congresistas sino a los miembros de toda Corporación Pública.

Con base en los argumentos brevemente resumidos, el Tribunal Administrativo del Cauca, resolvió denegar las súplicas de la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El apelante parte de la base de que la norma especialmente aplicable al caso que se controvierte es el artículo 179-8 de la Carta.

Encuentra suficientemente probado el hecho de que Azael Riascos Urbano, resultó elegido concejal del Municipio de López de Micay, para el período constitucional 1990-1992, que culminó el 31 de julio del año próximo pasado y agrega, que la gestión de alcalde del citado municipio, se inició el 1º de junio de 1992, coincidiendo -parcialmente- los respectivos períodos y concurriendo simultáneamente en el señor Riascos Urbano, las calidades de concejal y alcalde popular de López de Micay.

Dicha elección se demostró con la constancia expedida por el Alcalde del municipio en referencia y si bien se quedó corta en relación con el ejercicio efectivo de la función de concejal por parte de Riascos Urbano, la certificación en el sentido de que no hubo renuncia al mencionado cargo permitía colegir, su desempeño como tal.

El artículo 312 de la Carta, se refiere al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, para el ejercicio de su cargo, pero jamás al desempeño de otros cargos o funciones, pues, este aspecto lo definió la Carta en el artículo 179-8.

No le parece válida la observación que hace la sentencia en el sentido de que una interpretación del artículo 291 de la Constitución haría nugatoria la excepción que contiene el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, dado que la disposición constitucional prevé una sanción para los concejales que acepten un cargo en la administración pública consistente en la pérdida de su investidura, la norma legal en cambio, se refiere específicamente al caso de que un concejal resultare designado o nombrado para el cargo de alcalde y las figuras de designación y nombramiento, sinónimos entre sí, excluyen la elección popular, luego, la excepción que trae el artículo 19 no es aplicable al *sub judice*.

Sostiene que el Tribunal *a quo* se muestra vacilante en la aplicación del artículo 179-8 de la Constitución Nacional, pues de una parte, la acepta solo para expresar que no se probó el ejercicio de la función de concejal por parte de Azael Rioscos, pero de otra, inexplicablemente duda, si es o no aplicable, a los demás concejales.

Con base en la facultad que dice conferirle el artículo 214 del C.C.A., acompañó al escrito de la apelación actas del concejo municipal de López de Micay y declaraciones, con las que quiere demostrar que el señor Rioscos Urbano, actuó como concejal; con estas probanzas, pretende complementar la constancia expedida por el alcalde de López de Micay.

Finalmente, se solicita la revocatoria de la sentencia apelada y que en su lugar, se anule la correspondiente credencial y se ordene al Gobernador del Cauca, dar cumplimiento al artículo 20 de la Ley 78 de 1986.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En escrito que obra a folios 143 a 151, la señora Procuradora Séptima (E.) Delegada en lo Contencioso, solicitó la confirmación de la sentencia materia del recurso, considerando, que aun cuando existe prueba de que Azael Rioscos fue elegido concejal de López de Micay, para el período 1990-1992 y que para el 8 de marzo de 1992, ostentaba, a la vez, las calidades de concejal y alcalde, no se configura inhabilidad alguna, por virtud de lo prescrito en la Ley 49 de 1987.

CONSIDERACIONES

A folio 58, obra certificación suscrita por el Registrador Municipal del Estado Civil de López de Micay (Cauca), según la cual, el señor Azael Rioscos fue elegido en ese municipio, concejal para el período 1990 - 1992 y alcalde para el período 1992 - 1994.

SECCION QUINTA

En constancia calendada el 24 de marzo de 1992, visible al folio 2, el alcalde municipal de la localidad aludida, pone de manifiesto, que a la fecha, el señor Riascos era "...concejal del municipio de López de Micay" y posteriormente anota que, en los registros de su Despacho, no existe constancia de que, antes de las elecciones del 8 de marzo de 1992, hubiera presentado renuncia a dicho cargo.

Los documentos aludidos, se reputan válidos, por mandato del artículo 25 del Decreto 2561 de 1991; éstos, junto con el acta parcial de escrutinios de votos, para alcalde (fls. 18-19), demuestran que el señor Azael Riascos Urbano, no renunció a su cargo de concejal y por ende mantuvo, simultáneamente, la calidad de concejal y alcalde del municipio de López de Micay, pues como miembro del cabildo, el período respectivo culminaba el 31 de julio de 1992 (art. 85 D. 1333/86) y como alcalde popular se iniciaba el 1º de junio de 1992 (art. 1 L. 78/86), luego, si entre el 1º de junio y el 31 de julio de 1992, coincidieron los períodos de concejal y alcalde, en cabeza de Azael Riascos Urbano, se configuró el supuesto fáctico de la norma constitucional invocada en la demanda y que a la letra dice:

Artículo 179. No podrán ser congresistas:

(...)

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

(...)

El *a quo* sostiene que como el precepto transcrito está ubicado en el título VI (De la Rama Legislativa) Capítulo 6 (De los congresistas) de la Constitución Nacional, se aplica a los congresistas. Al respecto, cabe anotar que en reciente decisión, con ponencia de quien también lo es en esta oportunidad, la Sala sentó un criterio opuesto al expresado por el *a quo*, en cuya parte pertinente se lee:

(...)

Así lo hizo el señor Manrique Cuevás, que no renunció al cargo de diputado y lo ejerció en coincidencia, así fuera de manera parcial, con el de concejal, que le otorgó el pueblo de Floridablanca el 8 de marzo de 1992, violando claramente el artículo 179 numeral 8º de la Constitución Nacional, norma que como acertadamente lo dice el Tribunal se aplica a todas las personas ya que no hace distinciones en este sentido y al estar

incluida en el capítulo 6 que regula las inhabilidades de los congresistas se debe más a un error de ubicación que de limitaciones en su aplicación. (Expediente 0815. Sentencia de noviembre 19 de 1992. Actor: Walter Alvaro Torres Rodríguez).

Si el artículo 179 de la Constitución Nacional, consagra las inhabilidades para ser congresista y en el numeral 8º, señala en sentido general para todos los residentes en Colombia, que “nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”, tenemos que concluir que en dicha norma se está consagrando una inhabilidad que cobija a todas aquellas personas que en un momento dado formen parte de una Corporación pública u ocupen un cargo público.

Como el señor Azael Riascos Urbano para la fecha en que fue elegido alcalde del Municipio de Micay (marzo 10 de 1992), para el período de 1992-1994, tenía la calidad de concejal del mismo municipio, conforme a la certificación y constancia mencionadas al principio de estas consideraciones, tenemos que concluir que se encontraba cobijado por la inhabilidad mencionada y por ello, deberá anularse su elección como alcalde del citado municipio.

Respecto a lo señalado en los artículos 291 y 312 de la Constitución Nacional, debe tenerse en cuenta que en dichas normas se consagran incompatibilidades respecto a los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales para “aceptar” cargo o empleo alguno en la administración pública, lo que significa que en estas disposiciones tienen aplicación, cuando se trata de empleos en los que se da el respectivo nombramiento y no cuando su origen es una elección, como ocurrió en el presente caso.

Conforme a lo anotado antes, debe concluirse que lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 49 de 1987, por ser norma anterior a la vigencia de la actual Constitución Política y no acorde con la inhabilidad consagrada en el numeral 8º del artículo 179 de la misma, quedó derogado.

En cuanto a la sentencia inhibitoria solicitada por la parte demandada, con fundamento en que las copias del acto demandado aportadas por el demandante (fls. 18 y 19), no fueron expedidas con el lleno de los requisitos exigidos en los artículos 253 y 254 del C. de P.C, al no ser autorizadas por el funcionario respectivo, debe tenerse en cuenta que dichas copias fueron tomadas del original por los Delegados del Registrador del Estado Civil, dependencias oficiales en donde reposan tales documentos, y dicha parte pretende que antes

SECCION QUINTA

de la expedición de esas copias el funcionario respectivo debió dictar un acto por medio del cual ordenaba su expedición. Tal orden solo la requiere el artículo 254 del C. de P.C. numeral 1º, cuando dicha copia sea autorizada por secretario de oficina judicial, caso en el que la orden la debe dar el juez respectivo y no en este caso en el que la expide un funcionario administrativo. En relación con las pruebas que el apelante anexó al escrito sustentatorio de su recurso, invocando para el efecto el artículo 214-3 del C.C.A., es bueno hacer las siguientes anotaciones:

Dice el artículo 214-3 del C.C.A.:

(...)

8. Cuando se trate de documentos que no pudieren aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

(...)

La labor revisora del fallador *ad quem*, no puede extenderse a situaciones diferentes a las referidas en el proveído objeto del recurso, tampoco puede comprender elementos probatorios que no fueron considerados por el *a quo*; ello explica, que el decreto de pruebas en segunda instancia sea viable, solamente en los eventos relacionados en el artículo 214 del C.C.A., previa demostración por parte del interesado, de los hechos que impidieron su aporte o práctica en la primera instancia. En consecuencia y para el caso *sub análisis*, el peticionario tenía que haber demostrado el hecho constitutivo de fuerza mayor, caso fortuito o, la obra de la parte contraria que le impidió allegar en la primera instancia, las pruebas cuyo decreto demanda en la segunda, pero estos hechos ni siquiera fueron alegados por el recurrente.

Por lo antes analizado, habrá de revocarse la sentencia recurrida, para en su lugar acceder a las peticiones de la demanda.

Sin más consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 27 de agosto de 1992, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda y en su lugar, se dispone:

Anúlase el acto por medio del cual se declaró la elección del señor Azael Riascos Urbano, como alcalde popular del Municipio de López de Micay (Cauca), para el período constitucional 1990-1994.

Cáncelese la credencial que acredita al señor Riascos Urbano la calidad de Alcalde de López de Micay.

Segundo. Comuníquese esta decisión al Gobernador del Departamento del Cauca, a fin de que dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 8º de la Ley 49 de 1987, 1º y siguientes del Decreto 1001 de 1988.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA - Admisión / RECURSOS - Improcedencia

Los tres numerales que aparecen bajo el acápite “razones que sustenta el Recurso de Reposición” se dirigen contra la disposición de admisión de la demanda contenida en el auto proferido por el Tribunal, la cual no tiene recurso alguno y que no fue objeto de apelación por lo cual es improcedente el recurso de reposición en cuanto pretende se examine la decisión adoptada sobre la admisión del libelo.

SENTENCIA / ACLARACION - Improcedencia

La aclaración como su nombre lo indica, procede cuando se presentan serios motivos de duda bien en la parte resolutive, de tal manera que no se entienda cuál es el sentido de la decisión, o bien en la parte motiva en forma tal que no se correspondan la motivación con la decisión. Los aspectos cuya aclaración se pide son en verdad los fundamentos de inconformidad respecto de la providencia, no la falta de entendimiento de la decisión o de la parte motiva de la misma en relación con aquella, en la forma que la norma establece para la procedencia de su aplicación.

SENTENCIA / ADICION - Improcedencia

La adición de una providencia, procede cuando en ella se guarda silencio frente a uno de los extremos propuestos, que en este caso concreto sería el atinente al objeto mismo del recurso o sea la solicitud de revocar la decisión de decretar la suspensión provisional adoptada en primera instancia, única de recurrirse en apelación. La argumentación del recurrente constituye la fundamentación de un recurso y su análisis llevaría no a complementar o a adicionar sino a confirmar o a infirmar lo ya decidido antes con la base en argumentos distintos a los expuestos tanto en

el recurso como en la providencia cuya adición o complementación se solicita.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero 28 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0916.

Actores: Orlando Abello Martínez Aparicio y otro.

APELACION DE AUTO

Como a folio 112 del expediente aparece un memorial presentado personalmente por el señor Guillermo Enrique Molina Roa ante el Notario Treinta y Cuatro del Círculo de Bogotá con diligencia de reconocimiento de firma, mediante el cual otorga poder al doctor José Ignacio Vives Echeverría para que lo represente dentro de la primera y segunda instancia, así como en todas las etapas e incidencias del presente juicio, como apoderado principal, quedando, según lo expresa, quien venía representándolo, como apoderado sustituto, es procedente reconocer personería al doctor Vives como apoderado principal y a la doctora Vides Paba como apoderada sustituta de Guillermo Enrique Molina Roa, en los términos y para los efectos correspondientes.

A folios 113 y s.s., la parte impugnante solicita la reposición del auto del 11 de diciembre de 1992, mediante el cual la Sala resolvió confirmar el punto II del auto dictado el 9 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, objeto del recurso de apelación.

Manifiesta que el recurso de reposición es procedente porque el auto impugnado, dictado por la Sección V de esta Corporación, tiene naturaleza interlocutoria no susceptible de apelación y, por lo mismo, recurrible en reposición, presentada oportunamente a tenor del artículo 348 del C. de P.C. (modificado por el num. 168 del art. 1º del Decreto 2282 de 1989) aplicable para este efecto por remisión del artículo 180 del C.C.A.

En subsidio de la reposición y en caso de que ésta no prospere solicita que la providencia en mención sea aclarada, completada o adicionada con fundamento en los arts. 309 y 311 del C. de P.C.

El recurso de reposición aparece sustentado así:

1. La nota que da fe sobre la notificación del acuerdo acusado carece de validez pues no tiene firma responsable ni sello y aparece después de terminada la última página.

SECCION QUINTA

La autenticación del Registrador se refiere al documento con exclusión de la nota "post scriptum" que es independiente del mismo.

2. La consecuencia es que la acción está caducada porque entre el día siguiente a la expedición y notificación del acto acusado y la fecha de presentación de la demanda transcurrió un término superior al previsto en el art. 7º de la Ley 14 de 1988, que subrogó el art. 28 de la Ley 78 de 1986.

3. El actor pretendió subsanar el error corrigiendo la demanda a lo cual tiene derecho según el art. 66 de la Ley 96 de 1985 (que subrogó el art. 230 del C.C.A.) corrección que puede hacerse por una sola vez conforme al art. 89 del C. de P.C. (modificado por el num. 40 del art. 1º del Decreto 2282 de 1989) siempre que la demanda sea oportuna, lo que no sucede en este caso, por lo que no debió ser admitida y menos para decretar la suspensión provisional del acto demandado.

La solicitud de aclaración, complementación o adición tiene como objeto que se fije una posición de la Sala en relación con los siguientes puntos:

1. El art. 152 del C.C.A., modificado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989, circunscribió el análisis de pruebas en la suspensión provisional a los documentos públicos, que deben ser contundentes.

2. Los documentos pueden ser aportados en originales o en copias que podrán ser transcripciones o reproducciones mecánicas del documento (art. 253 del C. de P.C. modificado por el num. 116 del art. 1º del Decreto 2282 de 1989).

3. Los documentos aducidos por el actor, no lo fueron en originales sino en fotocopias que no fueron autorizados por Notario, Director de Oficina Administrativa o de Policía, Secretario de Oficina Judicial, previa orden del juez donde se encuentre el original o una copia autenticada (num. 1º del art. 254 del C. de P.C., modificado por el num. 117 del art. 1º del Decreto 2282 de 1989), para que tengan el valor probatorio del original. Tampoco reúnen las formalidades del numeral 2 de la disposición respecto del cotejo de fotocopias con original o copias autenticadas, ni fueron compulsadas de original o de copia auténtica en el curso de la inspección judicial como lo exige el numeral 3º de la norma en mención.

En consecuencia, los documentos allegados no tienen la fuerza probatoria que se exige de los documentos públicos, en relación con la suspensión provisional.

Trae en apoyo de la interpretación anterior las providencias de esta Corporación del 5 de septiembre de 1990, y de la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del 23 de junio de 1989.

SE OBSERVA:

Procedencia del recurso de reposición:

Esta Corporación conoce en segunda instancia, entre otros, de los autos inadmisorios de demanda o de los que resuelvan sobre suspensión provisional en procesos de que conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos (art. 129-2 del C.C.A., modificado por el art. 1º del Decreto 597 de 1988).

En el presente caso se demanda la elección de Guillermo Enrique Molina Roa como Diputado a la Asamblea del Atlántico. Se trata de un negocio cuyo conocimiento se atribuye en primera instancia al Tribunal Administrativo y en segunda instancia a esta Corporación (arts. 129 y 132 del C.C.A. tal como fue modificado por el art. 1º del Decreto 597 de 1988).

Ahora bien, el auto del 9 de septiembre de 1992 dictado por el Tribunal Administrativo contiene dos disposiciones diferentes: La una en relación con la demanda, admitiéndola, y la otra en relación con la solicitud de suspensión provisional, decretándola; esta última fue el objeto del recurso de apelación resuelto mediante proveído del 11 de diciembre de 1992, dictado por esta Sección.

El art. 232 del C.C.A. dispone que contra el auto que admite la demanda no habrá recurso alguno; sólo será recurrible la resolución sobre inadmisión de aquella, según lo dice expresamente la norma en cita y en la forma en ella prevista.

Por su parte, la decisión sobre la solicitud de suspensión provisional, independientemente del sentido en el cual se tome, es susceptible de recursos así:

Aún sin atender a las normas específicas que regulan los recursos que proceden contra los autos que resuelvan sobre la suspensión provisional tanto en el proceso ordinario como en el electoral, y teniendo en cuenta tan solo las disposiciones reguladoras de los recursos de reposición y de apelación, que aparecen en el C.C.A., se observa lo siguiente:

El art. 180 del C.C.A. es del siguiente tenor:

“Reposición. El recurso de reposición procede contra los autos de trámite que dicte el ponente y contra los interlocutorios dictados por las

SECCION QUINTA

Salas del Consejo de Estado, o por los tribunales administrativos cuando no sean susceptibles de apelación.

“En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicarán los artículos 348, incisos 2º y 3º, y 349 del Código de Procedimiento Civil”.

El art. 181 *ibidem*, dice:

“Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales administrativos y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus salas, según el caso:

- “1. El inadmisorio de la demanda.
2. El que resuelva sobre la suspensión provisional.
3. El que ponga fin al proceso, y
4. El que resuelva sobre la liquidación de condenas.

“El recurso contra los autos mencionados deberá interponerse directamente y no como subsidiario de la reposición.

“Por regla general, el recurso se concederá en el efecto suspensivo”.

De las anteriores transcripciones se deduce claramente que si un negocio es de primera instancia es apelable, entre otros, el auto que resuelve sobre la suspensión provisional. En consecuencia ese mismo auto, por ser de primera instancia, dictado por el Tribunal y apelable no es susceptible de reposición.

Por el contrario, si el negocio es de única instancia no es apelable, entre otros, el auto que resuelve sobre la suspensión provisional y, por lo mismo, el recurso procedente es el de reposición.

En este orden de ideas, el auto que dicta el Tribunal en un negocio de primera instancia para resolver sobre la suspensión provisional es proferido en pleno o por una de sus Salas y contra él procede el recurso de apelación que debe ser resuelto por el superior sin que quepa contra este último auto y por los motivos que ocasionan la solicitud de suspensión provisional, ningún otro recurso de reposición por no encajar en la previsión del art. 180 ya citado.

La regulación de los recursos que proceden contra el auto que resuelve sobre la suspensión provisional, aparece en el Código Contencioso Administrativo de manera general en los arts. 154 y 155 tal como fueron subrogados en su orden por los arts. 32 y 33 del Decreto 2304 de 1989. En ellos se

establece que si el negocio es de única instancia el recurso procedente es el de reposición y si es de primera instancia el procedente es el recurso de apelación.

En el procedimiento ordinario la norma es más terminante, según se desprende del texto de los arts. 207 del C.C.A. tal como fue subrogado por el art. 46 del Decreto 2304 de 1989 que en su último inciso dice:

“Cuando se pida la suspensión provisional, ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la sala, sección o subsección, y contra este auto sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación”.

Ahora bien, en el proceso electoral, cuyas normas son de aplicación preferencial en el presente caso, el art. 233 del C.C.A. tal como quedó subrogado por el art. 60 del Decreto 2304 de 1989, dice en su último inciso:

“Cuando se pida la suspensión provisional del acto acusado, ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la Sala o Sección o Subsección, y contra este auto sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación”.

De la anterior transcripción se deduce claramente que contra el auto en cuestión solo procede un recurso que será el de reposición si el negocio es de única instancia, y de apelación si el negocio es de dos instancias.

Así, si en un negocio que debe ser conocido por el Tribunal en primera instancia se solicita la suspensión provisional del acto acusado, el auto que decida sobre tal solicitud solo es susceptible de ser recurrido en apelación.

En el caso concreto se observa:

Teniendo en cuenta el recuento inicial se deduce claramente que los tres numerales que aparecen bajo el acápite “Razones que sustenta el recurso de Reposición” se dirigen contra la disposición de admisión de la demanda contenida en el auto dictado el 9 de septiembre de 1992 por el Tribunal que, conforme a las consideraciones anteriores sobre el punto, no tiene recurso alguno (art. 232 del C.C.A. ya citado) y que no fue objeto de apelación por lo cual es improcedente el recurso de reposición en cuanto pretende se examine la decisión adoptada sobre la admisión del libelo.

De otra parte, el auto del 9 de septiembre de 1992, por medio del cual el Tribunal Administrativo decretó la suspensión provisional fue recurrido

SECCION QUINTA

mediante el recurso de apelación, único procedente (art. 233 del C.C.A. modificado por el art. 60 del Decreto 2304 de 1989), fue decidido por esta Sección en auto del 11 de diciembre de 1992, que conforme a lo visto no es susceptible de recurso alguno para los efectos de examinar de nuevo sobre la procedencia de la suspensión provisional.

Así las cosas, el recurso de reposición debe rechazarse por improcedente.

Solicitud de aclaración y adición o complementación del proveído del 11 de diciembre dictado por esta Sección:

Sin detenerse la Sala en la forma en que aparece elevada (subsidiaria a la reposición) la petición de aplicación de los arts. 309 y 311 del C. de P.C. por cuanto lo cierto es que lo fue en forma expresa, es procedente hacer el análisis correspondiente y a ello procede la Sala:

El art. 309 del C. de P. C. (art. 1º num. 139 del Decreto 2282 de 1989) es del siguiente tenor:

“Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influya en ella.

“La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término.

“El auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recurso”.

Por su parte del art. 311 del C. de P. C. (art. 1º num. 141 del Decreto 2282 de 1989), dice:

“Adición. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la *litis*, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

“El superior deberá complementar la sentencia del *a quo* cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

“Los autos sólo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término”.

De acuerdo con las anteriores transcripciones se observa que la aclaración, como su nombre lo indica, procede cuando se presentan serios motivos de duda bien en la parte resolutive, de tal manera que no se entienda cuál es el sentido de la decisión, o bien en la parte motiva en forma tal que no se correspondan la motivación con la decisión.

Ahora bien, en el presente caso, luego de releer la providencia se concluye que la situación fáctica no encaja en los presupuestos normativos: En la parte motiva se hace un análisis que conduce necesariamente a la decisión adoptada.

Tan claro es lo anterior que los aspectos cuya aclaración se pide son en verdad los fundamentos de inconformidad respecto de la providencia, no la falta de entendimiento de la decisión o de la parte motiva de la misma en relación con aquella, en la forma que la norma establece para la procedencia de su aplicación.

En este orden de ideas se concluye que la solicitud de aclaración no procede en el presente caso y, por lo mismo, debe denegarse.

Por su parte, la adición de una providencia, procede cuando en ella se guarda silencio frente a uno de los extremos propuestos, que en este caso concreto sería el atinente al objeto mismo del recurso o sea la solicitud de revocar la decisión de decretar la suspensión provisional adoptada en primera instancia, única susceptible de recurrirse en apelación.

De la lectura de la providencia respecto de la cual se solicita la adición o complementación se deduce claramente que en su parte resolutive se adopta la decisión correspondiente.

En el presente caso los fundamentos en los cuales se apoya la providencia de esta Sección como respuesta a la argumentación que contiene el recurso, no son aceptados por la parte que considera que con base en la solicitud en estudio en la cual se contienen nuevos argumentos se llegaría en el caso concreto, en su concepto, a demostrar la improcedencia de la suspensión provisional; pero en verdad tal argumentación constituye la fundamentación de un recurso y su análisis llevaría no a complementar o a adicionar sino a confirmar o a infirmar lo ya decidido antes con base en argumentos distintos a los expuestos tanto en el recurso como en la providencia cuya adición o complementación se solicita.

SECCION QUINTA

Conforme a lo expuesto es claro que la aclaración o complementación de que trata el art. 311 del C. de P. C. no es procedente en el presente caso y por lo mismo debe denegarse.

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

RESUELVE:

1. Rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto por las razones expuestas en la parte motiva.

2. Denegar la solicitud de aclaración, adición o complementación del auto del 11 de diciembre de 1992, dictado por esta Sección por las razones expuestas en la parte motiva.

3. Reconócese al doctor José Ignacio Vives Echeverría como apoderado del señor Guillermo Enrique Molina Roa, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a fl. 112.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha.

*Mirén de la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez,
Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJO MUNICIPAL / QUORUM DECISORIO / SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia

En la sesión del 12 de mayo de 1992, el señor Fernández actuó como Concejal e intervino en la elección demandada, aunque su renuncia había sido aceptada con anterioridad. Ahora bien, tal como aparece certificado por el Registrador Municipal del Estado Civil, el número de concejales era once (con igual número de suplentes); a la sesión del 12 de mayo de 1992 asistieron seis de ellos, pero como el señor Fernández quien figura entre los presentes no tenía la calidad de Concejal, el número de asistentes se reduce a cinco Concejales que frente a lo dispuesto por el art. 145 de la C.N. no constituyen la asistencia requerida para tomar decisiones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero 28 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0940.

Actor: Hernando Bolívar Barros.

APELACION DE AUTO

En atención a que el presente negocio es de dos instancias (arts. 129-2, 131-3 y 132-4 del C.C.A., tal como fueron subrogados por el art. 1º del Decreto 597 de 1988), según documento que aparece a folio 3, procede la Sala a resolver de plano (art. 155 del C.C.A., tal como quedó subrogado por el art. 33 del Decreto 2304 de 1989) el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 26 de agosto de 1992, por el cual el Tribunal Administrativo del Atlántico, además de admitir la demanda de nulidad contra el acto mediante el cual se eligió Mesa Directiva del Honorable Concejo Municipal de Sabanagrande, decretó la suspensión provisional de dicho acto.

SECCION QUINTA

Dan cuenta los autos que el doctor Hernando Bolívar Barros, obrando en propio nombre demandó la nulidad del acto antes mencionado de fecha 12 de mayo de 1992 y, en escrito separado, solicitó su suspensión provisional por considerarlo violatorio del art. 70 del Decreto 1333 de 1986 y del art. 145 de la nueva C.N. por cuanto en el acta de la sesión del honorable Concejo del día 12 de mayo de 1992, consta que solo asistieron cinco concejales de los seis necesarios para decidir.

Afirma que solo asistió el número anotado porque el sexto que aparece, señor Rafael Joaquín Fernández, perdió su investidura el 28 de febrero de 1992, día en que le fue aceptada la renuncia presentada en la misma fecha para efectos de someter su nombre como candidato a la Alcaldía Municipal.

El Tribunal Administrativo del Atlántico en providencia del 26 de agosto de 1992, admitió la demanda y accedió a decretar la suspensión provisional del acto acusado, esta última disposición, por considerar que de las pruebas allegadas se deduce claramente que el señor Joaquín Fernández no ostentaba la calidad de concejal del municipio por haberle sido aceptada la renuncia por él presentada ante la Alcaldesa del municipio y, por lo mismo, hubo violación ostensible por parte del acto acusado de las disposiciones invocadas como violadas.

La parte afectada con la medida interpone recurso de apelación en el cual manifiesta que se opone a lo expuesto por el Tribunal en los considerandos identificados con los literales c) d) y f), por cuanto el señor Joaquín Fernández sí actuó en la sesión del 12 de mayo y siguientes como Concejal, porque la señora Alcaldesa del municipio no aceptó o no dio trámite a la renuncia presentada por él, el 17 de febrero de 1992, como consta en la comunicación de la Alcaldesa del 27 de febrero de 1992 y en la copia de la renuncia presentada de nuevo no le colocó ninguna manifestación de voluntad de la administración.

Agrega que la manifestación expedida el 21 de mayo de 1992 carece de validez jurídica como plena prueba por cuanto los certificados de los funcionarios públicos no son admisibles como documentos públicos sino en las hipótesis contempladas en el art. 262 del C. de P. C. por lo que se ha debido allegar el acto por el cual la Administración resolvió sobre la petición.

La calidad de concejal, continúa el apelante, consta en la certificación expedida por el señor Registrador Municipal del Estado Civil y, como tal, fue citado por la Secretaría del Concejo a las sesiones ordinarias a iniciarse el 1º de mayo, según documento que aporta.

El art. 73 del Decreto 1333 de 1986, en su segundo inciso no le es aplicable porque nunca se le admitió la renuncia.

De lo anterior, concluye, la elección fue realizada guardando lo previsto por el art. 70 del Decreto 1333 de 1986 en cuanto a quórum para deliberar y decidir.

Solicita, en consecuencia, se revoque la medida de suspensión provisional y se le tengan en cuenta los documentos aportados con la contestación de la demanda.

SE OBSERVA:

1. Competencia. La Sala es competente para conocer el negocio, de acuerdo con lo establecido por el artículo 129, inciso 2º del C.C.A.

2. La suspensión provisional aparece regulada en cuanto a su procedencia y requisitos por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó subrogado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, es aplicable a los procesos electorales por no pugnar con su naturaleza; la ley reguladora en comento, establece que la petición de suspensión provisional debe hacerse antes de que la demanda sea admitida en escrito separado o dentro del mismo libelo demandatorio y sustentarse de modo expreso. Si se trata de acción pública de nulidad, agrega la misma norma, bastará que haya manifiesta violación de las normas invocadas como fundamento de la solicitud, por confrontación directa o mediante documentos allegados con la solicitud.

La petición debe resolverse por la Sala en el mismo auto admisorio de la demanda, como lo prevé el artículo 233 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó subrogado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989.

De manera general, la Sala debe precisar que para la prosperidad de una petición de suspensión provisional es necesario, tal como lo establece la disposición reguladora, que se observe a primera vista la flagrante violación de la norma que se invoca como infringida para estos precisos efectos, bien sea que la ostensible violación se manifieste por la simple comparación de la norma con el acto acusado o por la confrontación de los documentos públicos allegados y la disposición correspondiente.

En cualquiera de los casos previstos en la ley es indispensable que no haya necesidad de emprender una labor de interpretación porque en tal caso la violación no sería la ostensible requerida por la norma y, por lo mismo, no sería procedente la medida en estudio. En otras palabras, el alcance de la disposi-

SECCION QUINTA

ción debe ser tan preciso que se logre observar la violación a primera vista y no mediante un análisis que sólo puede efectuarse al momento del fallo.

En el presente caso, la petición fue elevada en forma oportuna y con la debida sustentación, por lo cual, la Sala procedé a efectuar el estudio respectivo, teniendo en cuenta los parámetros anteriores.

Las disposiciones que se estiman como infringidas para los efectos de la solicitud de suspensión provisional son las siguientes:

El art. 145 de la C.N. vigente es del siguiente tenor:

“El Congreso pleno, las cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente”.

El art. 70 del Decreto 1333 de 1986, dice:

“El Congreso pleno, las cámaras y las comisiones de éstas podrán abrir sus sesiones y deliberar con la tercera parte de sus miembros.

“Pero las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente (artículo 82 de la Constitución Política)”.

La primera de las disposiciones transcritas regula el número de miembros con el cual el Congreso en pleno, las Cámaras y sus Comisiones puede abrir sesiones, deliberar y tomar decisiones.

La segunda de las disposiciones repite lo dispuesto por el art. 82 de la C.N. vigente antes de 1991 en el cual aparecía lo ahora regulado en el art. 145 de la nueva Constitución ya transcrito y lo previsto en el art. 148 que se copiará a continuación y se tendrá en cuenta para este análisis como lo ha hecho la Sala en anteriores oportunidades en que se ha suministrado la cita incompleta de la norma por efectos de su derogatoria pero con regulación posterior, como sucede en el presente caso:

“Art. 148. Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular”.

Es claro que la norma extiende la aplicación del art. 145 de la C.N. a las demás Corporaciones públicas de elección popular en relación con el quórum y las mayorías decisorias.

Es claro, entonces, que del solo cotejo del acto acusado con las normas no se deduce la violación ostensible que exige la norma reguladora de la suspensión provisional, por lo que es necesario hacer el análisis de las pruebas allegadas, conforme se solicita y lo establece la disposición aplicable a que se hizo mención al comienzo de estas consideraciones.

Para efectos del estudio, la Sala anuncia desde ya, que solo verificará los elementos de juicio que sirvieron de base al *a quo* para resolver, ya que por la naturaleza, tanto de la medida como del recurso, no se pueden tener en cuenta los aportados con la contestación de la demanda, como lo solicita el recurrente, por cuanto el objetivo de los allegados en la oportunidad anotada, según las normas pertinentes, es servir de prueba en el juicio pero no para estudiar la procedencia de la medida cautelar.

Ahora bien, en el expediente aparecen los siguientes documentos:

- Certificación del Registrador Municipal del Estado Civil de Sabanagrande que da fe sobre la identidad de quienes fueron elegidos como concejales del municipio por el período 1990-1992 (fl. 1).

- Certificación expedida por el Registrador del Estado Civil de Sabanagrande que da fe de que el señor Rafael Joaquín Fernández con cédula de ciudadanía 7436137 de Barranquilla se inscribió como candidato a Alcalde por el período 1992-1994 y obtuvo 1979 votos (fl. 2).

- Certificación expedida por la señora Alcaldesa Municipal en la cual hace constar que el señor Fernández presentó personalmente el 28 de febrero renuncia a su curul como concejal para presentarse como candidato a la Alcaldía del municipio en las elecciones del 8 de marzo, que le fue aceptada ese mismo día (fl. 4).

- Fotocopia de la carta de renuncia del señor Rafael J. Fernández autenticada por la Alcaldía de Sabanagrande, con fecha de presentación 28 de febrero de 1992 y en la cual en forma manuscrita se acepta la renuncia a partir de la fecha, febrero 28 de 1992. Tiene firmas y sellos (fl. 5).

- Acta de la sesión del Honorable Concejo Municipal en la cual consta la elección de la mesa directiva de la Corporación así como la participación del señor Rafael Joaquín Fernández, como Concejal (fls. 15 a 19).

Del recuento anterior se desprende que entre los documentos aportados se allegaron varias certificaciones de las cuales, para la parte recurrente, algunas tienen la calidad de documentos públicos y otras no, por lo que es procedente hacer las siguientes precisiones:

SECCIONQUINTA

El art. 251 del C. de P. C. es del siguiente tenor:

“Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados.

“Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público”.

Por su parte, el art. 262, *ibidem*, reza:

“Certificaciones. Tienen el carácter de documentos públicos:

“1. Las certificaciones que expidan los jueces conforme a lo dispuesto en el artículo 116.

“2. Las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos.

“3. Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley”.

Conforme a la primera de las disposiciones anteriores un documento público es el extendido por o con intervención de un funcionario público.

Según la segunda de las normas, las certificaciones expedidas, entre otros, por directores de oficina o funcionarios públicos autorizados por la ley, tienen el carácter de documentos públicos y, por lo mismo, deben ser valorados para efectos de determinar si es procedente la medida por percibirse la violación exigida por el art. 152 del C.C.A. a través de su cotejo con el acto acusado y las disposiciones que se estiman violadas en el acápite o escrito correspondiente.

De acuerdo con los documentos públicos allegados se observa claramente que el señor Rafael Joaquín Fernández fue elegido concejal del municipio por el período 1990-1992, según lo certifica el Registrador Municipal del Estado Civil y le fue aceptada la renuncia el 28 de febrero de 1992, según lo certifica la Alcaldesa Municipal de Sabanagrande y aparece en la copia visible a folio 5 en el cual, independientemente de la forma externa, se contiene una manifestación de voluntad de la Alcaldía como respuesta a la renuncia presentada, en el sentido de aceptarla expresamente.

Se observa, igualmente, que en la sesión del 12 de mayo de 1992, el señor Fernández actuó como Concejal e intervino en la elección demandada, aunque su renuncia había sido aceptada con anterioridad.

Ahora bien, tal como aparece certificado por el Registrador Municipal del Estado Civil, el número de Concejales era once (con igual número de suplentes); a la sesión del 12 de mayo de 1992 asistieron seis de ellos, pero como el señor Fernández quien figura entre los presentes no tenía la calidad de Concejal, el número de asistentes se reduce a cinco concejales que frente a lo dispuesto por el art. 145 de la C.N. no constituye la asistencia requerida para tomar decisiones.

Así las cosas es claro que aparece demostrada plenamente la violación de las normas invocadas por lo que procede suspender provisionalmente el acto acusado, como lo hizo el Tribunal, cuyo proveído habrá de confirmarse.

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

RESUELVE:

Confirmar el punto II del auto impugnado objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha.

*Mirén de la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez,
Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / CONTRATO

La celebración del contrato no alcanza a quedar comprendida dentro de los tres meses contados desde la fecha de la elección del demandado como alcalde de Pital-Huila como lo exige el literal e) art. 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por el art. 1º de la Ley 49 de 1987, aunque la ejecución de la obra objeto de la misma sí se llevó a cabo dentro de ese término, debe tenerse en cuenta que la citada norma es clara al señalar la celebración del contrato y no su ejecución, como el hecho configurativo de la inhabilidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0848.

Actora: Amparo Montes Guahuña.

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción electoral, la señora Amparo Montes Guahuña presentó demanda en abril 8 de 1992 ante el Tribunal Administrativo del Huila, para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1º. Que es nula el acta parcial de escrutinio de votos para Alcalde del Municipio de El Pital, por medio de la cual se declaró elegido al señor Héctor Falla Puentes, como Alcalde de El Pital para el período 1992-1994.

2º. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene comunicar la correspondiente sentencia al señor Gobernador del Departamento del Huila y al señor Registrador Municipal del Estado Civil de El Pital.

3º. Al decretarse la nulidad de la elección del señor Héctor Falla Puentes, como Alcalde del Municipio de El Pital, para el período 1992-1994, solicito

que también se ordene la cancelación de la respectiva credencial, y sea comunicada la sentencia a las autoridades electorales de El Pital, del Departamento del Huila, al señor Gobernador del Departamento para lo de su cargo, aparte de las notificaciones ordenadas por la ley. Entiéndase esta solicitud, como un complemento del *petitum* de la demanda, en consonancia con lo reglado por el art. 228 del C.C.A.

ANTECEDENTES

Como fundamento de lo pedido, narro los hechos que en forma resumida se exponen a continuación:

1. Héctor Falla Puentes suscribió el 5 de noviembre de 1991, con la Sociedad Aguas del Huila S.A., Sociedad de Acueducto y Alcantarillados del Huila, la orden de trabajo N° 017, en calidad de contratista, con la finalidad de destinar “Mano de obra especializada para la construcción del Acueducto de la Vereda San Antonio - El Pital, del Municipio de El Pital”, por un valor de \$2.181.600, con un plazo para terminar la obra de seis meses contados a partir de la fecha de iniciación de la misma.

2. Aguas del Huila S.A., es una sociedad anónima, constituida por medio de la escritura pública N° 568 de febrero 28 de 1990 otorgada en la notaría 1ª, del círculo de Neiva, como “Entidad descentralizada indirecta del orden departamental” y sometida a las normas propias de las entidades industriales y comerciales del Estado.

3. El día 3 de febrero de 1992, fue inscrita y aceptada la candidatura del señor Héctor Falla Puentes, para alcalde del Municipio El Pital.

4. El 4 de febrero de 1992, el Gerente de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Huila - Aguas del Huila S.A., profirió la Resolución N° 003, por medio de la cual se autoriza a Héctor Falla Puentes, la cesión de la orden de trabajo N° 017 de 1991 a favor de la firma construcciones ACER Ltda. En esa misma fecha se firmó entre Héctor Falla Puentes (cedente), Construcciones ACER Ltda. (cesionario) y el Gerente de Aguas del Huila S.A., el acta de cesión de dicha orden de trabajo.

5. A pesar de que Héctor Falla Puentes, al momento de la inscripción y aceptación de la candidatura para alcalde del Pital, era contratista respecto a una obra a efectuarse en ese municipio y por ello incurso en la prohibición consagrada en el art. 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por el art. 1º de la Ley 49 de 1987, se presentó a las elecciones de marzo de 1992 obteniendo la mayor votación, siendo declarado electo mediante acta parcial de escrutinio de votos de marzo 10, por la Comisión Escrutadora.

SECCION QUINTA

NORMAS, VIOLACION Y SU CONCEPTO DE VIOLACION

Señaló como violadas por el acto demandado, el art. 4º de la C.N., cuando inscribió y aceptó la candidatura, sin acatar el precepto del art. 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el art. 1º de la Ley 49 de 1987.

De lo dicho antes puede deducirse que también está indicando como norma violada el art. 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el art. 1º de la Ley 49 de 1987. También indica como transgredido el art. 26 de la Ley 78 de 1986, pues al inscribir y aceptar la candidatura debió ajustarse a lo reglado en el inciso tercero de tal disposición.

Por auto de mayo 14 de 1992 fue admitida la demanda, negándose la suspensión provisional solicitada.

El señor Héctor Falla Puentes por medio de apoderado judicial contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos primero al cuarto, negando los restantes y oponiéndose a las pretensiones del libelo.

Respecto a las normas violadas y al concepto de la violación, manifestó, no es cierto que dentro de los tres meses anteriores a su elección como alcalde hubiera celebrado un contrato administrativo con la sociedad Aguas del Huila S.A., pues aunque si es cierto que lo celebró, esto ocurrió con anterioridad a los tres meses mencionados en la norma (literal e) art. 5º Ley 78 de 1986, subrogado por el art. 1º Ley 49 de 1987). En respaldo de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este punto.

Una vez decretadas las pruebas pedidas por las partes, durante el traslado para alegar de conclusión solo hizo uso de ese derecho la parte demandada, insistiendo en sus argumento expuestos al contestar la demanda. El Ministerio Público al rendir su concepto, solicitó al Tribunal negara las peticiones de la demanda.

SENTENCIA APELADA

En fallo de septiembre 1º de 1992, el Tribunal denegó las peticiones de la demanda, acogiendo los planteamientos expuestos por el demandado, explicando que de los presupuestos consagrados por el literal e) del art. 5º de la Ley 78 de 1986 reformado por el art. 1º de la Ley 49 de 1987, no se da el referente a que el contrato materia de análisis hubiera sido celebrado dentro de los tres meses anteriores a la elección de alcalde del Municipio del Pital, de Héctor Falla Puentes.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

La demandante al interponer el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, la fundamenta en que la petición de nulidad de la elección del señor Falla Puentes como alcalde del Municipio del Pital, la hizo no solo porque dicho señor había celebrado la "orden de trabajo" con la Sociedad Aguas del Huila S.A., sino también un contrato accesorio consistente en la cesión de la "orden de trabajo" antes mencionada a construcciones ACER Ltda., cesión que se llevó a cabo el 4 de febrero de 1992 en la que intervino el Gerente de Aguas del Huila S.A., aspecto este último que no fue tenido en cuenta por el Tribunal en el fallo de primera instancia.

La Procuradora Séptima (E.) Delegada en lo Contencioso, en su concepto N° 01-93, manifiesta que al no aparecer en la orden de trabajo la fecha de su celebración, no es posible determinar cuándo se dio su ocurrencia, pero que con la aceptación del demandado de haberse celebrado en noviembre 5 de 1991, es claro que no se dio la inhabilidad invocada.

Al no observarse vicio alguno de nulidad, es del caso revolver de fondo luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La inhabilidad para haber sido elegido alcalde el señor Héctor Falla Puentes, invocada en la demanda es la consagrada en el literal e) del art. 5° de la Ley 78 de 1986 reformado por el art. 1° de la Ley 49 de 1987 párrafo segundo, que es del siguiente tenor:

Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

(...)

e) ...o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Con las pruebas aportadas al proceso, se acreditó lo siguiente:

1. Con el certificado N° 8844 de abril 8 de 1992 expedido por el secretario de la Cámara de Comercio de Neiva, se demostró la existencia y representación de la sociedad Asesorías Construcciones, Estudios y Recursos Naturales, "ACER Ltda.", con domicilio en Neiva (fls. 9-11).

SECCION QUINTA

2. Con el certificado N° 8954 de abril 5 de 1992 expedido por el secretario de la Cámara de Comercio de Neiva, se acreditó la existencia, representación y objeto social de la sociedad de acueductos y alcantarillados del Huila - Aguas del Huila S.A., con domicilio en Neiva (fls. 12 - 16).

3. Con las copias auténticas de los formularios E-9 y E-28 hojas Nos. 1, 2, 3, 4 y 5 expedidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se acreditó la solicitud, aceptación e inscripción como candidato a alcalde del Municipio del Pital, Huila, de Héctor Falla Puentes; el escrutinio parcial de votos para alcalde del citado municipio llevado a cabo el 10 de marzo de 1992, en el que aparecen cuatro candidatos, con mayoría de votos a favor de Héctor Falla Puentes, y la declaratoria de elección como alcalde del Pital, Huila, de dicho señor (fls. 17 - 23).

4. Con la copia auténtica de la orden de trabajo N° 017 de 1991 suscrita por el Gerente de la "Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Huila, Aguas del Huila S.A.", como contratante y Héctor Falla Puentes, como contratista, con el objeto de suministrar mano de obra especializada para la construcción del Acueducto de la Vereda San Antonio en el Municipio del Pital, Huila, se acreditó la celebración de dicho contrato entre una sociedad que tiene el carácter, de entidad descentralizada indirecta del orden departamental (Escritura Pública N° 568 de febrero 28 de 1990 otorgada en la Notaría 1ª del Círculo de Neiva), y el candidato electo alcalde del citado municipio. Esta orden de trabajo, de acuerdo al oficio N° 462 de julio 1º de 1992, emanado del Gerente de la Sociedad contratante, fue suscrita por los intervinientes el 13 de noviembre de 1991, quedando legalizada el 18 del mismo mes y año (fls. 24 - 29; 32 - 42 y 101).

5. Con la copia auténtica de la Resolución N° 003 de febrero 4 de 1992, se acreditó la autorización exigida por el art. 6º del Decreto 418 de 1983, por parte de la entidad contratante en favor del contratista, para que éste le cediera la orden de trabajo N° 017 de 1991 a la firma construcciones ACER Ltda. (fl.30).

6. Con el acta suscrita el 4 de febrero de 1992 en Neiva, por Héctor Falla Puentes como cedente, el Gerente de Construcciones ACER Ltda., como cesionario y el Gerente de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Huila - Aguas del Huila S.A., se demostró la cesión que el primero hizo a la segunda de la mentada orden de trabajo (fl. 31).

7. Con la copia auténtica de la escritura pública N° 569 de febrero 28 de 1990 otorgada en la Notaría 1ª del Círculo de Neiva, se demostró la

constitución de la sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Huila - Aguas del Huila S.A., como entidad descentralizada indirecta del orden departamental y sometida a las normas propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (fls. 32 - 42).

Respecto al supuesto fáctico constitutivo de la inhabilidad consagrada en la norma jurídica citada como violada, podemos concluir que con las pruebas mencionadas se acreditaron los siguientes aspectos:

a) Que entre la sociedad Acueductos y Alcantarillados del Huila, Aguas del Huila S.A., entidad descentralizada indirecta del orden departamental y el señor Héctor Falla Puentes, se celebró una orden de trabajo (contrato administrativo) el 13 de noviembre de 1991, la cual debía cumplirse en el Municipio del Pital - Huila en la construcción del acueducto de dicho municipio;

b) La mentada orden de trabajo la celebró en calidad de contratista Héctor Falla Puentes, quien es el alcalde electo del Municipio del Pital, Huila;

c) Como dicha orden de trabajo fue suscrita el 13 de noviembre siguiente, tenemos que concluir, que su celebración no alcanza a quedar comprendida dentro de los tres (3) meses contados desde la fecha de la elección de Falla Puentes como alcalde del Pital, Huila (marzo 10 de 1992), como lo exige el literal e) art. 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por el art. 1º de la Ley 49 de 1987, y aunque la ejecución de la obra objeto de la misma sí se llevó a cabo dentro de ese término, debe tenerse en cuenta que la citada norma es clara al señalar la celebración del contrato y no su ejecución, como el hecho configurativo de la inhabilidad.

Esta Sala ya ha sentado su criterio en el sentido anotado antes, en sentencias de abril 13 de 1989, expediente N° 0270 y abril 28 de 1989 expedientes acumulados Nos. 0176 y 0283, siendo magistrado ponente en ambas doctor Jorge Penén Deltieure.

Aunque la apelante pretende atacar la elección de Falla Puentes como alcalde del Pital, con fundamento también en la cesión que de la orden de trabajo llevó a cabo dicho señor, en febrero 4 de 1992, en favor de construcciones ACER Ltda, con el argumento de que dicha cesión también tiene el carácter de contrato y que fue alegado en la demanda sin que el Tribunal lo hubiera tenido en cuenta, debe observarse que la demandante en el libelo introductorio del proceso, en forma somera trajo a colación el aspecto de la cesión de la orden de trabajo, únicamente en el capítulo en el que solicitó la suspensión provisional del

SECCION QUINTA

acto demandado y no en el aparte principal de la demanda, lo cual sería suficiente para no realizar su estudio en este momento.

Sin embargo, actuando con criterio amplio, la Sala encuentra que al analizar la mentada cesión de la orden de trabajo, no se sabe qué clase de negociación fue llevada a cabo por el contratista de la orden de trabajo y la sociedad cesionaria de la misma, pues de la sola cesión no es posible deducirla.

Además, en la cesión como negociación, solo son partes el cedente (Falla Puentes) y el cesionario (Construcciones ACER Ltda.), pues la intervención de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados del Huila solo fue para autorizar dicha cesión, como parte contratante que fue en la orden de trabajo, pero no como parte en la cesión, por lo cual, no se da en este caso la celebración de contrato alguno entre Falla Puentes y la Sociedad Aguas del Huila S.A., como lo exige la norma citada como violada.

Al no haberse dado la inhabilidad en la forma planteada en la demanda, debemos concluir que con la elección de Héctor Falla Puentes como alcalde del Pital, no se violó el art. 4º de la C.N., pues al aceptar e inscribir su candidatura lo hizo acatando lo dispuesto en el literal e) art. 5º Ley 78 de 1986 modificado por el art. 1º Ley 49 de 1987. Tampoco violó el artículo 26 de la Ley 78 de 1986, porque como ya se estudió, al inscribir la candidatura, no se encontraba incurso en el régimen de inhabilidades.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmase la sentencia de septiembre 1º de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

En firme este proveído vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

EXP.- 0848

Nota de relatoría: Cita además la sentencia de 13 de abril de 1989, expediente número 0270 del doctor Jorge Penén Deltieure sobre la fecha de celebración del contrato con la administración como inhabilidad para ser elegido alcalde.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD / DIRECTOR SECCIONAL - Requisitos / EQUIVALENCIA - Improcedencia

Al no existir manual de funciones contentivo de los requisitos para el cargo de Director o Jefe Seccional de Salud, a efecto de determinar si en este caso se dan las equivalencias alegadas por el apelante, estima la Sala que ante tal vacío reglamentario, las normas a aplicar eran los artículos 15 y 16 del Decreto 33 de 1990, por mandato expreso del artículo 1º del Decreto 500 de 1991; el primer artículo trata de las equivalencias generales, señalando que el título de formación avanzada o de posgrado, puede compensar por cuatro años de experiencia, caso que no ocurre en el sub lite porque las pruebas allegadas por el recurrente y el demandado a fin de demostrar esa exigencia, no se ajustan a lo prevenido en el Decreto 33, pues se trata de constancias y certificaciones de asistencia a breves seminarios, más no de vinculación a determinadas entidades, con relación de fechas, cargos desempeñados y funciones para poder establecer un record de trabajo con relación al período de cuatro años requeridos para la compensación; el artículo 16 del Decreto 33 de 1990, que concuerda con el 14 del mismo Decreto 1335 del mismo año, se refiere a la prohibición de hacer equivalencias, circunstancia que no es del caso analizar, dado que no se probó el presupuesto de la experiencia por el lapso de cuatro años, para así estudiar la posibilidad de la compensación frente a las anteriores disposiciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0859.

Actora: Fanny Díaz Arias.

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 9 de septiembre de 1992, proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Quindío en el expediente de la referencia.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El antecitado Tribunal al resolver en el fondo las pretensiones de la demanda (fls. 99 y ss.), declaró la nulidad del artículo 8º del Decreto 001 del 2 de enero de 1992, expedido por el Gobernador del Quindío, mediante el cual, designó al profesional Alfredo Antonio Murillo Vélez, como director del Instituto Seccional de Salud para el mismo departamento, ordenando consecuentemente se hicieran las comunicaciones del caso para su cumplimiento.

La pretensión de nulidad del acto de nombramiento descansa sobre el supuesto, de que el Jefe de la Administración Seccional del Quindío al efectuar el nombramiento del doctor Murillo Vélez para desempeñar el aludido cargo, inobservó el Decreto 1335 de 1990 art. 3º cod. 071040, emanado de la Presidencia de la República, el cual establece los requisitos mínimos para desempeñarlo. Es decir, que el nombrado y posesionado funcionario no cumple con las calidades exigidas por la expresada norma que son:

a) Título de formación universitaria y posgrado relacionado con las funciones del cargo, y

b) Cuatro años de experiencia relacionado con el sector salud, decreto que además en su artículo 10 establece los criterios para la asimilación de cargos y en el parágrafo 1º los niveles y cargos que se asimilan incluyendo el de Director o Jefe Seccional de Salud en el nivel directivo.

Para la decisión, el *a quo* concreta su estudio al único cargo de la demanda y partiendo de los requisitos mínimos señalados en el artículo 3º del Decreto 1335 de 1990, su análisis apunta a establecer si ellos se cumplen en el caso objeto de esta controversia judicial.

Al efecto señala que a folio 9 del cuaderno 3, existe la prueba del título que posee el doctor Alfredo Antonio Murillo Vélez como Ingeniero Sanitario con el que demuestra su formación universitaria, manifestando que no es incompatible con el ejercicio del cargo de acuerdo al concepto emitido por la oficina jurídica del Ministerio de Salud (fl. 6, cdno. 2). Es decir, considera cumplido ese presupuesto legal.

SECCIONQUINTA

En cuanto al segundo que el mismo artículo 3º contempla, o sea, el “Posgrado relacionado con las funciones del cargo” el Tribunal examina las pruebas allegadas, de las cuales resalta “una serie de certificados de diferentes entidades sobre seminarios y cursos realizados, en el campo de la salud, con determinada intensidad horaria ...”, certificados que según expresa no tienen el carácter de posgrado “ya que éste corresponde a un estudio prolongado después de haber adquirido el título universitario relacionado con una rama específica a cuya finalización se le da la persona el título de especialista en tal área”.

Observa igualmente, que no está acreditada procesalmente la existencia de un manual específico de funciones para el Subsector oficial de salud en el Quindío, ni de norma departamental que establezca tales requisitos, la que de llegar a existir, a este nivel no puede ir en contravía del Decreto 1335 de 1990 por tratarse de una norma de superior jerarquía.

Concluye el *a quo* sus consideraciones acogiendo los planteamientos de la señora Procuradora Judicial en asuntos administrativos número 13, advirtiendo que al no cumplirse con el requisito de posgrado, este solo hecho, de acuerdo con el principio de economía procesal, era suficiente para despachar favorablemente la pretensión de nulidad del acto demandado.

EL RECURSO DE APELACION

Por conducto de apoderado legalmente constituido, el señor gobernador del Departamento del Quindío, interpuso recurso de apelación contra la decisión del *a quo*, fundamentándola en los planteamientos que la Sala resume así:

a) Que si bien el fallo de primera instancia se apoya básicamente en una norma de carácter nacional, Decreto 1335 de 1990 y en el concepto de la representante del Ministerio Público, debe tenerse en cuenta no lo dispuesto en el art. 298 de la C.N., en cuanto “concede plena autonomía a las entidades territoriales en el manejo de sus funciones administrativas, por ser los departamentos entidades de coordinación, planificación e intermediación, entre éstos y los municipios”, sino también el artículo 305 numerales 1 y 5 de la Carta en lo que concierne a los establecimientos públicos a nivel seccional, cuya autonomía no puede desconocerse porque está fundada en una norma de estirpe superior como lo es la Constitución Nacional;

b) Que mediante la ordenanza N°0012 del 19 de noviembre de 1990, que creó el Instituto Seccional de Salud, se otorgaron precisas facultades al

Gobernador del Quindío, siendo una de ellas la de nombrar y remover a su director;

c) Que en caso de tener aplicación el Decreto 1335 de 1990, es imperativo analizar la equivalencia o compensación con otras calidades o requisitos que cumple el demandado en relación con el posgrado, de acuerdo al concepto emitido por la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud, en el cual se citan varias normas, que según estima permiten aclarar las equivalencias entre cursos y seminarios por el posgrado. En efecto, invoca el artículo 1º del Decreto 0500 de 1991; artículos 14 incisos 2, 6 y 15 del Decreto 33 de 1990 y Decreto 643 artículo 28 de 1992.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Séptima (E.) Delegada en lo Contencioso Administrativo, solicita se confirme el fallo apelado al considerar que el demandado no acreditó en el proceso, cumplir el requisito del posgrado que según el Decreto 1335 de 1990 art. 3º, se requiere, además del título universitario, para ser Director o Jefe Seccional de Salud. Señala la agencia fiscal que las equivalencias fijadas entre estudios y experiencia en el art. 1º del Decreto Nº 0500 de 1991, no son aplicables al presente caso, pues, el mismo decreto primeramente citado, “consagró la facultad para los organismos del subsector oficial del sector salud, de elaborar dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo decreto, los manuales de funciones y requisitos, entre los cuales están las equivalencias para los requisitos mínimos para desempeñar un determinado cargo, haciendo la salvedad, cuando éstas fueran posibles, arts. 4º y 5º (g) *ibidem*, consagrando también la prohibición de llevarlas a cabo (art. 14)”.

Concluye la representante del Ministerio Público su concepto, expresando que ante la falta de reglamentación interna en el Instituto Nacional de Salud del Quindío, debía estarse al Decreto 1335 de 1990 normatividad que nada dice en materia de equivalencia.

CONSIDERACIONES

Mediante el fallo que se revisa en virtud de apelación, el honorable Tribunal Administrativo del Quindío, decretó la nulidad del artículo 8º del Decreto 001 del 2 de enero de 1992, por el cual, el Representante Legal de dicho departamento nombró al doctor Alfredo Antonio Murillo Vélez como Director del Instituto de Salud para esa seccional.

SECCIONQUINTA

La acusación contra el acto demandado parte de un solo supuesto y es concreta; se aduce falta de calidad en el designado para desempeñar ese empleo. En efecto, se infiere de la demanda que de acuerdo al Decreto 1335 del 23 de junio de 1990 art. 3º, quien aspire a ser Director o Jefe Seccional de Salud -071040-, debe reunir los requisitos mínimos que la norma indica, esto es:

1. Título de formación universitaria y posgrado relacionado con las funciones del cargo, y

2. Cuatro (4) años de experiencia relacionada con el sector salud. Estas condiciones, según la actora, no las reúne el doctor Murillo Vélez y a pesar de ello, el gobernador del Quindío lo nombró para ese cargo quebrantando la precitada norma.

El *a quo*, al examinar el cargo, encuentra que el demandado posee título de formación universitaria compatible con su ejercicio, pero respecto al posgrado observa que los certificados expedidos por diferentes entidades sobre seminarios y cursos allegados al proceso, no tienen tal carácter, ya que el posgrado "corresponde a un estudio prolongado después de haber adquirido el título universitario relacionado con una rama específica a cuya finalización se le da a la persona el título de especialista en tal área". Considera que al no existir norma específica de funciones en la que se determinen los requisitos y equivalencias la norma aplicable es el Decreto 1335 de 1990.

Acoge para su decisión el concepto de la Procuradora Judicial (E.) en asuntos administrativos (folio 125 y s.s.), en el cual, se analizan las equivalencias o compensaciones para el requisito del posgrado, con base en los artículos 15 y 16 del Decreto 33 de 1990 y 1º del Decreto 500 de 1991; normas vigentes al momento de producirse el acto administrativo impugnado -enero 2 de 1992- pero que fueron posteriormente derogadas mediante el Decreto 0643 del 13 de abril de 1992, por tanto aplicables respecto a la situación planteada. La Sala encuentra acertado el planteamiento del Tribunal en el sentido de que el asunto debatido, hay que estudiarlo a la luz del Decreto 1335 de 1990 que contiene parcialmente el manual de funciones y requisitos del subsector oficial, conforme con el cual, arts. 4º y 5º, los organismos del sector salud debían elaborar dentro de los seis (6) meses siguientes a su vigencia, los manuales específicos de funciones precisando los requisitos mínimos que se deben llenar, para el desempeño de los diferentes empleos e igualmente, sus equivalencias, y como bien lo advierte, no existe en el proceso esa reglamentación interna del Instituto Seccional de Salud del Quindío, limitándose el recurrente a acreditar su creación como establecimiento público, por medio de

la ordenanza N°0012 del 19 de noviembre de 1990 y que, mediante este acto, se le otorgaron precisas facultades al gobernador para nombrar y remover a su director; resaltando además, el principio de autonomía de que gozan actualmente dichos entes descentralizados para que bajo estas premisas y “en una sana interpretación de la ley” se admita la legalidad del acto parcialmente demandado.

Este planteamiento en realidad no encuentra justificación jurídica, cuando las normas contenidas en el Decreto 1335 de 1990 son claras al fijar, además de su campo de aplicación y alcance, otros aspectos como el de requisitos mínimos para los diferentes cargos, entre los cuales, está el de Director o Jefe Seccional de Salud -código 071040-.

Ahora bien, al no existir manual de funciones contenido de tales requisitos, a efecto de determinar si en este caso se dan las equivalencias alegadas por el apelante, estima la Sala que ante tal vacío reglamentario, las normas a aplicar eran los artículos 15 y 16 del Decreto 33 de 1990 por mandato expreso del artículo 1° del Decreto 500 de 1991. El primer artículo trata de las equivalencias generales, señalando que el título de formación avanzada o de posgrado, puede compensarse por cuatro (4) años de experiencia, caso que no ocurre en el *sub lite* porque las pruebas allegadas por el recurrente y el demandado a fin de demostrar esa exigencia, no se ajustan a lo prevenido en el artículo 1° del Decreto 33, pues se trata de constancias y certificaciones de asistencia a breves seminarios (fls. 37 y s.s.), más no de vinculación a determinadas entidades, con relación de fechas, cargos desempeñados y funciones para poder establecer un récord de trabajo con relación al período de cuatro (4) años requeridos para la compensación. Y si no hubo vinculación sino ejercicio de la profesión en forma independiente, el hecho no se acreditó con las dos declaraciones de terceros o certificación con firma autenticada, como igualmente lo señala la disposición.

Así mismo, a folio 42 aparece constancia del Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad del Quindío, la cual no es clara al certificar vinculación laboral y fechas, pues se remite a expresar una colaboración como docente desde 1986, aspecto que no coincide con el oficio N° 305 del 21 de abril de 1992, visible a folio 10 del cuaderno N° 3, en el que la universidad comunica que el doctor Murillo Vélez, estuvo vinculado a esa Institución a partir de 1990 (no precisa más), siendo catedrático todo el año de 1991 y primer semestre de 1992.

El segundo artículo, es decir, el 16 del Decreto 33 de 1990, que concuerda con el 14 del Decreto 1335 del mismo año, se refiere a la

SECCION QUINTA

prohibición de hacer equivalencias, circunstancia que no es del caso analizar, dado que no se probó el presupuesto de la experiencia por el lapso de cuatro (4) años, para así estudiar la posibilidad de la compensación frente a las anteriores disposiciones.

El mismo criterio relativo al factor experiencia y su prueba, lo aplica la Sala en relación con el segundo requisito para el cargo de Director del Instituto Seccional de Salud del Quindío previsto en el artículo 3º ordinal "3.2" del Decreto 1335 de 1990, invocado expresamente por la actora.

Se tiene entonces, que siendo el demandado la única persona que podía aportar la prueba de las proposiciones afirmadas por la actora, dado el carácter personal de las mismas, al no hacerlo con sujeción a los presupuestos legales, el acto demandado en su artículo 8º, es violatorio del antecitado decreto, debiéndose por tanto confirmar la sentencia apelada.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, de acuerdo con la Procuradora Séptima Delegada (E.) en lo Contencioso y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de septiembre 9 de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Armenia, Quindío.

En firme este proveído vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Requisitos / DOMICILIO / VECINDAD/ NEGACION INDEFINIDA / CARGA DE LA PRUEBA

Las afirmaciones del actor en el sentido de que el demandado no residió en el municipio, en ninguna época de su vida, ni tampoco ser nacido en él, constituyen, a juicio de la Sala, negaciones indefinidas, porque se refieren a hechos que bien pudieron ocurrir en distintos lugares y en largos espacios de tiempo. La proposición de no haber residido en ninguna época de su vida equivale a decir, que el demandado nunca fue vecino del municipio, es decir, ni durante el año anterior a la fecha de inscripción como candidato o durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época. Así las cosas, la prueba de esas afirmaciones correspondía al demandado, quien así lo entendió al aportar con el escrito de contestación a la demanda una serie de documentos, que al ser analizados se consideró carecían de valor probatorio por haber sido recepcionados, unos sin observarse las normas procedimentales y otro por no acreditar período alguno de vecindad. El demandado tratándose en el sub lite de negaciones indefinidas, no aportó la prueba sobre su nacimiento o vecindad en el municipio, durante los períodos que prescribe el artículo 2º de la Ley 49 de 1987, norma que consecuentemente resultó violada por el acto que declaró la elección.

NULIDAD ELECTORAL / ACTO DE ELECCION / ALCALDE - Período / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades / GOBERNADOR - Facultades / ELEC- CIONES - Convocatoria

De acuerdo a lo expuesto en el artículo 8º de la Ley 49 de 1987 que reformó el artículo 20 de la Ley 78 de 1986, al anularse el acto de elección de un alcalde antes de transcurrido un año del período del mismo, el Presidente de la República y los Gobernadores, en el

SECCION QUINTA

decreto de encargo señalarán la fecha para la elección de nuevo alcalde.

RECLAMACION ELECTORAL / RECUESTO DE VOTOS / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / APOCRIFIDAD - Improcedencia / ACTA DE ESCRUTINIO

Conforme lo dispuesto en los artículos 192 y 193 del C. E., y en relación con el recuento de votos el artículo 163 establece los casos en que procede, mientras que el 164, dispone que se podrá solicitar ante las comisiones escrutadoras. El recuento de votos por sí solo, no configura la causal de nulidad de las actas de escrutinio consagrada en el numeral 2º del artículo 223 del C.C.A. pues no se demostró que el registro de los escrutinios por los Delegados del Consejo Nacional Electoral o el de la Comisión escrutadora municipal sean falsos o apócrifos. Esa causal se configura cuando se altera u oculta la verdad de los resultados electorales y está claro que no se demostró que los votos considerados como nulos o en blanco por la comisión escrutadora municipal, en realidad, no lo fueran. Es decir, que no se demostró el cambio de la verdad por la comisión escrutadora municipal al catalogar los votos en la forma como lo hizo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 2 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0836.

Actor: Héctor Augusto Hernández Bethez.

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación, revisa la Sala la sentencia proferida el 10 de septiembre de 1992 (fl. 186), por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual, declaró la nulidad del acto expedido el 19 de marzo de 1992 por los Delegados del Consejo Nacional Electoral del mismo Departamento, respecto a la elección del señor Jacobo Escobar Ordóñez como alcalde del Municipio de Albán, Cundinamarca, para el período 1992-1994.

La petición de nulidad y demás pretensiones de la demanda, se hacen bajo la consideración de tres supuestos fácticos:

1. Que en los escrutinios administrativos realizados el 10 de marzo de 1991 con ocasión de las elecciones que tuvieron lugar el 8 de los mismos mes y año, la comisión escrutadora admitió reclamación extemporánea y sin fundamento legal sobre recuento de votos y verificación de las marcas de diligenciamiento de los tarjetones, modificando los resultados de las actas de los jurados de votación, formularios E-17, siendo por tal motivo apócrifos el acta general de escrutinios y el formulario E-28 elaborados por los escrutadores.

2. Que en las mismas elecciones del 8 de marzo de 1991 en el Municipio de Albán, votaron personas no residentes allí contrariando el artículo 316 de la Constitución Nacional.

3. Finalmente considera el actor violado el artículo 2º de la Ley 49 de 1987 ya que el alcalde electo Jacobo Escobar Ordóñez en ninguna época de su vida ha estado residenciado en la antecitada municipalidad; tampoco nació allí y es desconocido de los pobladores.

Para adoptar la decisión favorable a las pretensiones del actor, el *a quo* consideró necesario interpretar la demanda a efecto de ubicar los cargos formulados, encontrando que el primero de los enumerados se refería al principio de la eficacia del voto e imparcialidad de los escrutadores “lo que daría lugar a configurar la causal prevista en el numeral 2º del artículo 223 del C.C.A.”, causal que estima probada con fundamento en los hechos planteados en la demanda y la jurisprudencia de esta sección que en apoyo de aquellos cita el libelista; “la apocrifidad resultaría en este caso de la modificación de los resultados electorales introducida por la comisión escrutadora en relación con la votación registrada por los respectivos jurados de votación en las actas respectivas que hacen parte del registro electoral”.

Explica el Tribunal, que a pesar de no haberse presentado ninguna reclamación sobre el escrutinio de mesa, la referida comisión aceptó ordenar y así procedió, un nuevo conteo de votos en todas las mesas de votación con base en una petición que no configuraba propiamente causal de reclamación de aquellas consignadas taxativamente en el artículo 192 del Código Electoral; recuento de votos que según el artículo 164 *ibidem* requiere para su procedencia que la solicitud se formule en forma razonada respecto a una determinada mesa, por los candidatos, sus representantes o los testigos electorales debidamente acreditados.

Además, respecto a este mismo punto, dice el fallo que de acuerdo al artículo 193 del C.E., las comisiones escrutadoras carecen de competencia para resolver reclamaciones: “Simplemente las agregaran a los pliegos

SECCION QUINTA

electorales para que sean resueltas por los delegados del Consejo Nacional Electoral” y como la incompetencia es causal de nulidad de los actos administrativos según el artículo 84 del C.C.A., actuar sin ella condujo a que a través de dichos actos, se infringiera el numeral 2º del artículo 223, porque se modificaron los resultados electorales de los jurados de votación.

Concluye el *a quo*: “De lo anterior se deduce con toda claridad que el recuento general de votos no era procedente al tenor de lo establecido por el artículo 164 del Código Electoral, ni era admisible la razón aducida como causal de reclamación, ni era entonces competente la comisión escrutadora para tramitarla y decidirla como tal”, consideraciones que estima suficientes para dar prosperidad al cargo y proceder a declarar la nulidad de las actas demandadas.

Sin embargo, analiza el tercer cargo de la enumeración anterior, referente a la ausencia de calidades para ser elegido alcalde en la persona del demandado Jacobo Escobar Ordóñez, con violación del artículo 2º de la Ley 49 de 1987. Al efecto expresa el *a quo* que por tratarse de negaciones indefinidas, conforme al artículo 177 del C. de P. C., la carga de la prueba la soportaba toda el demandado quien en cumplimiento de tal presupuesto aportó certificaciones y testimonios extrajudiciales para desvirtuar las afirmaciones del actor, pero dada su práctica irregular, es decir, por fuera de las normas que regulan cada medio probatorio en particular, dichas pruebas fueron desechadas por ineficaces, razón por la que se le dio prosperidad al cargo despachándose favorablemente la pretensión de nulidad del acto de elección demandado.

ACLARACIONES DE VOTO

Los honorables Magistrados Olga Inés Navarrete Barrero, Darío Quiñónez y Heriberto Reyes Vargas, firmaron el fallo con aclaración de voto. No están de acuerdo con la prosperidad del cargo que se relaciona a la causal de nulidad contemplada en el numeral 2º del artículo 223 del C.C.A., bajo el argumento de que no era procedente el recuento de votos por parte de la comisión escrutadora, pues esa petición ha debido formularse ante los jurados de votación. La honorable Magistrada discrepa de la ponencia cuando acepta este planteamiento y precisa que: “si bien es cierto que el artículo 122 del Decreto 2241 de 1986 establece que las causales de reclamación enumeradas en dicha norma serán presentada ante los jurados y las que tengan por objeto solicitar el recuento de papeletas serán atendidas en forma inmediata por los jurados de votación, ello no quiere decir que esta sea la única oportunidad para

formular solicitud de recuento de votos e incluso para presentar reclamaciones”, éstas, según el artículo 193 del C.E., podrán presentarse por primera vez durante los escrutinios de las comisiones escrutadoras distritales, municipales o auxiliares y los generales que realizan los Delegados del Consejo Nacional Electoral. “Y en tratándose de recuento de votos, el artículo 163 establece los casos en que se procederá al mismo, mientras que el artículo 164 preceptúa con toda claridad que los candidatos, sus representantes o los testigos electorales debidamente acreditados podrán solicitar a las comisiones escrutadoras el recuento de los votos emitidos en una determinada mesa... de lo que se infiere que otras causales que se aleguen como fundamento para la solicitud de recuento sí pueden ser decididas discrecionalmente por la comisión escrutadora, accediendo o no a la solicitud”. Para el honorable Magistrado Darío Quiñonez Pinilla, las razones de su aclaración se refieren a los planteamientos y la conclusión de la sentencia respecto al aludido cargo: “El hecho de que efectivamente la comisión escrutadora municipal hubiera accedido a la solicitud de recuento de votos formulada por un testigo electoral y que luego los Delegados del Consejo Nacional Electoral al resolver el recurso de apelación hubiesen confirmado la decisión adoptada por dicha comisión, en el sentido de asignar la mayor votación para alcalde al candidato Jacobo Escobar Ordóñez y no a Héctor Augusto Hernández Bethez, no configura por sí sola una causal de nulidad de las actas de escrutinio, como tampoco la estructuraría si no se hubiere accedido al recuento de votos”.

El último magistrado de los mencionados al inicio de este capítulo, adhiere a las anteriores aclaraciones por considerar innecesaria su repetición.

SUSTENTACION DEL RECURSO

El apoderado del recurrente al impugnar la sentencia, se apoya en los argumentos de los tres magistrados que aclararon el voto respecto al cargo de indebido recuento de votos por parte de la comisión escrutadora, expresando que las modificaciones de los resultados en razón de esa actuación, afectaron en un sentido u otro a todos los candidatos a la alcaldía de Albán, sin que el actor objetara o probara que las modificaciones fueron contrarias a la verdad y su inconformidad se remite únicamente a señalar la petición de recuento como extemporánea.

En cuanto al cargo fundamentado en la falta de los requisitos para ser elegido alcalde, conforme al artículo 2º de la Ley 49 de 1987, aduce el apoderado del recurrente que no se trata de negaciones indefinidas, sino de una negación formal sobre un requisito de derecho, tal como lo precisa el

SECCION QUINTA

doctor Hernando Devis Echandía citado a folio 220, a cuyo criterio se acoge para manifestar, que en este caso, la carga de la prueba es del demandante y no del demandado, y que éste, sí probó la residencia en Albán durante el año anterior a su inscripción como candidato, además por un período superior a tres años. Hace relación de las pruebas (fl. 221), con las que considera acreditado el hecho, como son: certificaciones de los concejales de Albán (fls. 85 y ss.), declaraciones extrajudiciales (fls. 92 y ss.), certificación de la Juez Promiscuo Municipal de la misma localidad (fl. 100) y copia del memorial dirigido al gobernador de Cundinamarca suscrito por un gran número de simpatizantes (fls. 102 y s.s.) y alega finalmente la existencia de otros indicios, como el hecho de la inscripción del candidato que no fue cuestionado sino después del resultado electoral, y el de que, al votar por él “muchas personas” reafirmaban su conocimiento y vecindad.

ALEGATOS DE LAS PARTES

El actor a folios 211 y s.s., hace uso del derecho a alegar por escrito (art. 251 C.C.A.), para solicitar se confirme el fallo de primera instancia y además, se aclare éste en el sentido de ordenar realizar nuevo escrutinio con base en las actas de los Jurados de Votación, formularios E-17, “puesto que no se anularon las elecciones para alcalde en general, sino, los actos que fueron la base para la declaratoria como alcalde del Municipio de Albán, al señor Jacobo Escobar Ordóñez, los formularios E-17 no fueron anulados” como fundamento de esta “pretensión” se hacen algunos planteamientos por el demandante, aspectos que serán analizados por la Sala en su oportunidad.

El demandado por su parte a folios 216 y s.s., se refiere especialmente a la prueba, de la cual dice, debe ser analizada en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, reiterando que de las aportadas y los indicios existentes, “es fácilmente apreciable el factor de residencia del electo demandado o, mejor, el cumplimiento de los requisitos del artículo 316 de la C.N., y de la Ley 49 de 1987 para reunir las calidades como candidato a la alcaldía”. Critica el análisis que de tales medios probatorios se hizo en la sentencia, aduciendo que no tiene respaldo en las normas de procedimiento.

CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Séptima Delegada en lo Contencioso Administrativo en su concepto de fondo, al analizar los cargos de la demanda en el mismo orden en que los menciona anteriormente la Sala, advierte que respecto al primero debe desecharse porque el recuento de votos no configura la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 223 del C.C.A., pues para que se den los elementos de falsedad o apocrifidad a que se refiere la norma, es necesario

que medie la intención de disfrazar la realidad, de alterar los resultados. Igual petición hace respecto al segundo cargo y manifiesta: “el hecho de que en el municipio de Albán, Cundinamarca, en las pasadas elecciones del 8 de marzo para autoridades locales hubieran votado ciudadanos que no residen en ese municipio como lo afirma el actor, constituye una irregularidad de comprobarse, más no una causal de nulidad del acto impugnado, ya que este hecho no aparece entre los enlistados en el artículo 223 del C.C.A...”, ni fue así erigido por la norma constitucional que alega el actor como infringida, esto es, el artículo 316 -no el 136 que equivocadamente se menciona en el concepto-

En lo atinente al último cargo considera que debe despacharse favorablemente con fundamento en las razones que expone el *a quo*, es decir, que planteándose el debate frente a la prueba de las negaciones indefinidas ésta correspondía al demandado, quien “se limitó simplemente a expresar que las afirmaciones de la demanda son infundadas y gratuitas por parte del actor”, y su actividad probatoria consistió en allegar las certificaciones y declaraciones extrajudiciales mencionadas anteriormente, de las que afirma no tienen valor probatorio, siendo el fundamento para su afirmación, el mismo en que se basó el Tribunal para desechar esas pruebas.

CONSIDERACIONES

Sobre la base de dos de los cargos formulados en la demanda, el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el fallo que es objeto de revisión fechado el 10 de septiembre de 1992, declaró la nulidad del acto de elección del señor Jacobo Escobar Ordóñez como alcalde del Municipio de Albán, Cundinamarca, para el período 1992-1994.

El primer cargo analizado por el *a quo*, se refiere a que en las elecciones para autoridades locales realizadas el 8 de marzo de 1992, dos días después, es decir, el 10 de los mismos mes y año, al practicarse por la comisión escrutadora los escrutinios municipales para alcalde en la localidad de Albán, Cundinamarca, se atendió por dicha comisión una petición extemporánea, dirigida a obtener recuento de votos y verificaciones de tarjetones en todas las mesas que allí funcionaron, operación que dio como resultado la modificación de los datos electorales consignados en las actas de los Jurados de Votación, que favorecieron inicialmente, al candidato Héctor Augusto Hernández Bethez, con 561 votos contra 559 del segundo en votación que lo fue Escobar Ordóñez, quien a la postre, en virtud de la verificación, resultó elegido por los delegados del Consejo Nacional Electoral de Cundinamarca el 19 de marzo de 1992, al resolver recurso de apelación.

SECCIONQUINTA

La ponencia acoge los argumentos del actor y con apoyo en la jurisprudencia que éste invoca, señala como próspero el cargo, considerando que encaja dentro de la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 223 del C.C.A., pues “la apocrifidad resultaría en este caso de la modificación de los resultados electorales introducida por la comisión escrutadora en relación con la votación registrada por los respectivos jurados de votación en las actas respectivas que hacen parte del registro electoral”, modificación a la que no podría llegarse porque la petición de recuento de votos no se refiere a ninguna de las causales de reclamación de las taxativamente consagradas en el artículo 192 del C. E., y además conforme al artículo 164 *ibidem*, la solicitud debidamente razonada sólo podía formularse con respecto a determinada mesa; “la norma en cuestión no permite en modo alguno el recuento general sobre la totalidad de las mesas, de manera que resulta evidente la irregular operación de recuento realizada por la comisión escrutadora de normas”.

La Sala, no está de acuerdo con los anteriores planteamientos, los halla no ajustados del todo a los hechos alegados por el actor y las normas jurídicas que rigen en material electoral. La demanda si bien es cierto plantea el recuento de votos y verificación de tarjetones como nulidad del acto o actos demandados aduciendo que son apócrifos por el hecho de haber modificado los resultados electorales consignados en las actas primarias, mediante un procedimiento violatorio de dichas normas, también lo es, que el actor, además de esta afirmación basa su acusación (fl. 8), en que “con posterioridad al escrutinio realizado por los jurados de votación el día 8 de marzo, manos inescrupulosas manipularon los tarjetones variando las características del diligenciamiento en algunos de ellos, haciéndolos anulables, o para que se declararan en blanco...”. En el fallo se analiza el primer supuesto, mas no el segundo y sobre aquél descansa la prosperidad del cargo, al ser relacionado directamente por vía de interpretación a la causal de nulidad que contempla el artículo 223, numeral 2º del C.C.A., por infracción al principio de la eficacia del voto e imparcialidad de los escrutadores. Criterio que como ya se advirtió no comparte la Sala prohibiendo en cambio, las razones que adujeron los Honorables Magistrados que aclararon su voto, de las que es importante resaltar, de una parte, los puntos que se refieren a la aplicación de los artículos 122, 163 y 164 del Decreto 2241 de 1986. Del primero se indica que los casos de reclamación allí señalados, no solo se pueden formular ante los jurados de votación sino también, por primera vez durante los escrutinios que practican las comisiones escrutadoras distritales, municipales o auxiliares e incluso durante los escrutinios generales que realizan los delegados del Consejo Nacional Electoral”, conforme lo dispuesto en los artículos 192 y 193 del

1052

C.E., y en relación con el recuento de votos, el artículo 163 establece los casos en que procede, mientras que el 164, dispone que se podrá solicitar ante las comisiones escrutadoras. De la otra, se precisa que el recuento de votos por sí solo, no configura la causal de nulidad de las actas de escrutinio consagrada en el numeral 2º del artículo 233 (sic) del C.C.A., pues no se demostró que el registro de los escrutinios realizados por los delegados del Consejo Nacional Electoral o el de la comisión escrutadora municipal sean falsos o apócrifos. Esa causal se configura cuando se altera u oculta la verdad de los resultados electorales y está claro que no se demostró que los votos considerados como nulos o en blanco por la comisión escrutadora municipal, en realidad, no lo fueran. Es decir, que no se demostró el cambio de la verdad por la comisión escrutadora municipal al catalogar los votos en la forma como lo hizo”.

Este planteamiento es claro en el sentido de expresar que el hecho sobre cuya base se estructuró la causal de nulidad del artículo 223 del numeral 2º del C.C.A., no la configura, y en cuanto se refiere a la deficiencia probatoria es aplicable al segundo supuesto, inadvertido en el fallo, de que manos inescrupulosas manipularon algunos tarjetones para que los votos fueran anulados o declarados en blanco, circunstancia que no aparece demostrada, para realizar el análisis correspondiente.

Como bien lo dice el honorable Magistrado que discrepa de la ponencia, no se demostró el cambio de la verdad en el acta elaborada por la comisión escrutadora municipal; el actor se limitó a referir el hecho pero no allegó ni solicitó pruebas para acreditarlo.

La Sala considera que la comisión escrutadora no solo tenía competencia para atender la petición de recuento de votos conforme al artículo 164 del C. E., sino que en la verificación de los tarjetones obró con imparcialidad al juzgar los votos nulos y en blanco que dieron lugar a modificar los resultados electorales que en principio daban la mayoría al candidato Héctor Augusto Hernández Bethez. Igual concepto se expresa de los delegados del Consejo Nacional Electoral de Cundinamarca que, al confirmar la decisión declararon la elección de alcalde.

Y es que esos actos administrativos al no ser desvirtuados gozan de la presunción de legalidad. Por las anteriores razones y conforme lo solicita la representante del Ministerio Público, *el cargo no prospera*.

El Segundo cargo lo presenta la demanda así:

SECCION QUINTA

“La violación al artículo 2º de la Ley 49 de 1987 se evidencia en la no residencia del señor Jacobo Escobar Ordóñez en el municipio, en ninguna época de su vida, ni tampoco ser nacido en él. Además de que en su gran mayoría los pobladores de este municipio ni siquiera lo habían visto...”. Respecto a la transgresión de la citada disposición, la acusación se concreta a tres de las hipótesis que contempla la norma, así lo precisa el Tribunal expresando por tratarse de negaciones indefinidas “la carga de la prueba de conformidad con lo establecido en el artículo 117 del C. de P. C., la soportaba toda el demandado, quien en modo alguno las desvirtuó, pues su actividad probatoria se limitó a traer al proceso certificaciones de tres concejales sobre su residencia en la vereda ‘Namay’, así como declaraciones extrajudicio rendidas ante el Inspector municipal por seis personas y certificado de haberse posesionado en el cargo de alcalde municipal el 4 de agosto de 1970, expedido por la Juez Promiscuo Municipal, documentos que no tienen la virtualidad de conducir a una deducción que contraría lo antes afirmado por el demandante”. El *a quo* no le da ningún valor a los medios probatorios del alcalde cuyo acto de elección se cuestiona, al estimar que los concejales no gozan de ningún fuero especial como el que le otorga a determinados funcionarios el artículo 222 del C. de P. C., para que declaren por certificación, precisión con la que está de acuerdo la Sala, agregando que tampoco es función de aquéllos expedir a título personal certificados de vecindad, circunstancia que si bien es conocida por ellos, el medio idóneo indicado para que ese conocimiento llegue el proceso judicial donde se debate precisamente este punto, es la declaración de terceros rendida con observancia de las normas procesales que rigen esta prueba.

Los testimonios igualmente inadmitidos, como bien se afirma por el *a quo* “no reúnen los requisitos para que sean estimados como prueba del hecho testificado, pues de conformidad con lo normado en el artículo 229 del C. de P. C. numeral 2 debían ser ratificados... siempre que los declarantes se hallasen en la situación prevista en el artículo 298 del mismo estatuto procesal...”, planteamiento acertado dado que la primera disposición es categórica al determinar que “sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos...”. 2. Cuando se hayan recibido fuera de proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299, requisitos que no cumplen la prueba testimonial aportada por el demandado, pues no se recepcionó ante el juez de la residencia de los testigos ni de éstos se acreditó que estuvieran gravemente enfermos; tampoco que se hubiera citado a la contraparte. La última disposición se refiere a testimonios rendidos ante notarios, que no es el caso. El criterio adoptado por el *a quo* en relación con el documento expedido por la Juez Municipal de Albán, Cundinamarca (fl.

100), lo comparte la Sala porque éste sólo prueba un acto de posesión en fecha determinada, más no el tiempo en que se ejercieron las funciones de alcalde por el posesionado. Y es evidente que según el artículo 2º de la Ley 49 de 1987 lo que debe demostrarse en juicio, es el tiempo de vecindad consecutiva y en cualquier época, en un período mínimo de tres años.

Finalmente el memorial (fls. 102 s.s.) dirigido al señor Gobernador de Cundinamarca, suscrito por un gran número de ciudadanos de Albán, en el cual manifiestan su apoyo al Alcalde Jacobo Escobar Ordóñez y a varios líderes comunales de la región y hacen denuncias por comportamientos disociadores, no alcanza el valor probatorio que le atribuye el recurrente al sustentar la apelación (fl. 222), pues se trata de hechos posteriores al proceso electoral realizado el 8 de marzo de 1992 y su contenido es ajeno completamente a los hechos controvertidos. Tales ciudadanos más bien, a instancia del demandado debieron ser citados al proceso para que dieran su versión y poder así valorarla.

Descartada en su totalidad la prueba del demandado, corresponde analizar si en realidad las hipótesis a que se refiere el demandante, contenidas en la norma sustantiva que se invoca como infringida, configuran negaciones indefinidas con inversión de la carga de la prueba.

Al estudiar este tópico el Consejo de Estado, en sentencia de mayo 26 de 1987, expediente 032 dejó sentado el siguiente criterio:

Para la Sala la afirmación de que el demandado no reúne la exigencia de la práctica de su profesión de médico por el lapso de 5 años mínimo, constituye una negación indefinida y por lo tanto el fardo de la prueba corre a cargo del demandado.

Como lo tiene definido la jurisprudencia y convenido la doctrina, no es la circunstancia afirmativa o negativa de las proposiciones lo que determina que como excepción a los principios generales se invierta la carga de la prueba, sino el carácter indefinido de los hechos, entendiéndose por ellos los que han podido ocurrir en numerosos lugares o en un largo espacio de tiempo o en ambas cosas simultáneamente, lo que de suyo no permite o dificulta grandemente el suministro de la prueba. Ello descarta la presencia de cualquier circunstancia que a su vez entraña una afirmación opuesta, indirecta o implícitamente.

Las afirmaciones del actor en el sentido de que el demandado “no” residió en el municipio de Albán, “en ninguna época de su vida, ni tampoco ser nacido en él”, constituyen, a juicio de la Sala, negaciones indefinidas,

SECCION QUINTA

porque se refieren a hechos que bien pudieron ocurrir en distintos lugares y en largos espacios de tiempo, y que como lo ha expresado la Sala en sentencia del 11 de septiembre de 1991, expediente número 0530, “en la práctica se traduce en la dificultad que se le presenta al demandante para aportar la prueba, dificultad que no tendrá el demandado para demostrar lo contrario si los hechos son ciertos, ya que se trata de situaciones personales desconocidas para el actor o que requerían indagaciones a nivel regional, como por ejemplo la obtención de certificaciones o constancias sobre la existencia o no de registro civil de nacimiento, etc...”.

La proposición de no haber residido en ninguna época de su vida equivale a decir, que el demandado nunca fue vecino del Municipio de Albán, Cundinamarca, es decir, ni durante el año anterior a la fecha de inscripción como candidato, o durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época.

Así las cosas, como bien lo expresa el *a quo*, la prueba de esas afirmaciones correspondía al demandado, quien así lo entendió al aportar con el escrito de contestación a la demanda una serie de documentos, que al ser analizados se consideró carecían de valor probatorio por haber sido recepcionados, unos sin observarse las normas procedimentales y otro por no acreditar período alguno de vecindad.

Y es oportuno observar, así no sea este el caso que se estudia, que si el actor, además de afirmar que el demandado no nació en el municipio donde resultó elegido alcalde, señala la localidad donde ocurrió su nacimiento, la proposición corresponde a una negación definida porque se trata de un hecho concreto, circunscrito a un determinado lugar y fácilmente demostrable, no siendo excusable su prueba, es decir, conforme al principio general consagrado en el artículo 177 del C. de P. C., es al actor y no al demandado a quien incumbe probarlo. Son entonces coincidentes con la Sala los criterios del *a quo* y la Procuradora Séptima (E.) Delegada en cuanto a la prosperidad de este cargo, porque el demandado tratándose en el *sub lite* de negaciones indefinidas, no aportó la prueba sobre su nacimiento o vecindad en el municipio de Albán, Cundinamarca, durante los períodos que prescribe el artículo 2º de la Ley 49 de 1987, norma que consecuentemente resulto violada por el acto que declaró la elección.

Ahora, a pesar de que el *a quo* solo analizó los cargos primero y tercero de la demanda, la Sala procede al examen del segundo. Se hace consistir en que “en las mismas elecciones del 8 de marzo de 1991 en el Municipio de

Albán, Cundinamarca, votaron personas no residentes allí contrariando el artículo 316 de la Constitución Nacional”.

El cargo no prospera porque como bien lo dice la representante del Ministerio Público, el hecho sobre cuya base se estructura, de comprobarse, evento que aquí no ocurre, constituye una irregularidad mas no una causal de nulidad del acto impugnado, pues no aparece en ninguno de los casos señalados por el artículo 223 del C.C.A., y tampoco el artículo 316 que se considera violado establece esa forma de sanción.

La Ley 2ª de 1992 remite esa conducta al campo penal.

En memorial visible a folios 211 y s.s., presentado dentro del término para alegar, el actor solicita se confirme el fallo apelado y se aclare, “porque (sic) no se ordenó realizar nuevo escrutinio con base en las actas de escrutinio de los jurados de votación (formulario E-17), puesto que no se anularon la elecciones para alcalde general, sino los actos que fueron la base para la declaratoria, como alcalde del Municipio de Albán, Cundinamarca, al señor Jacobo Escobar Ordóñez, los E-17 no fueron anulados”.

Al respecto se debe tener en cuenta que de acuerdo a lo expuesto en el artículo 8º de la Ley 49 de 1987 que reformó el artículo 20 de la Ley 78 de 1986, al anularse el acto de elección de un alcalde antes de transcurrido un año del período del mismo, el Presidente de la República y los Gobernadores, en el decreto de encargo señalarán la fecha para la elección de nuevo alcalde. En este sentido se pronunció con toda claridad el *aquo* en el ordinal tercero del fallo al declarar la nulidad del acto de elección y no de los que fueron la base para esa declaratoria como erróneamente lo expresa el libelista.

Síguese de lo anterior, la confirmación de la sentencia apelada, pero con fundamento en el último cargo estudiado, dado que, el primero no tuvo acogida en esta instancia.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia de acuerdo con la Procuradora Séptima Delegada (E.) en lo Contencioso y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: *Confírmase* la sentencia de septiembre 10 de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

SECCIONQUINTA

Segundo: Una vez en firme esta providencia, *devuélvase* el expediente al Tribunal de origen para que libre los oficios a las autoridades que corresponda, comunicando la decisión.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

**FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES -
Director Regional / ESTABLECIMIENTO PUBLICO /
NOMBRAMIENTO / DIRECTOR NACIONAL DE
CAMINOS VECINALES - Facultades / GOBERNA-
DOR - Facultades / NORMA CONSTITUCIONAL -
Desarrollo Legal**

La reforma introducida al régimen departamental por la Constitución de 1991, requiere ser desarrollada mediante leyes que fijen de manera precisa, la forma como debe ser aplicada y el procedimiento adecuado para lo cual el constituyente previó su reglamentación legal. Lo anterior significa que mientras tales leyes reglamentarias no hayan sido expedidas, los gobernadores no pueden gozar ni utilizar la facultad contenida en el numeral 13 del artículo 305 de la C. N. La Carta asigna al legislador competencia para reglamentar lo concerniente a esta nueva atribución de los mandatarios departamentales, y mientras el Congreso no la utilice y expida la ley correspondiente la atribución es inane. En el caso sub lite es evidente que, cuando el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales nombró al Director Regional del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, aún no había sido expedida la ley reglamentaria del artículo 305 numeral 13 de la C. N., por lo cual no estaba obligado a enviar al Gobernador la terna que extraña el demandante.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0723.

Actor: Omar Armando Baquero Soler.

SECCION QUINTA

Procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a proferir sentencia de única instancia en el proceso originado en la demanda que, por conducto de apoderado, instauró, el doctor Omar Armando Baquero Soler, Gobernador del Departamento del Meta, en ejercicio de la acción pública electoral, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad "...del Acto Administrativo por el cual el Director General del Fondo de Caminos Vecinales nombró a Hernando Betancourth (sic) Riveros como Director de Caminos Vecinales, Seccional Meta, mediante Resolución número 0955 de mayo 12 de 1992".

LA DEMANDA

Sostiene el demandante que con dicho nombramiento el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, violó los artículos 287 y 305 de la Constitución Política así:

El artículo 287, porque considera que, gozando las entidades territoriales de autonomía para la gestión de sus intereses y siendo el Gobernador su representante, es obligación suya velar por los intereses del Departamento.

El artículo 305 numeral 13 porque al ser nombrado el Director de Caminos Vecinales de la Seccional del Meta, directamente por el Director General, no se dio cumplimiento a la norma constitucional que confiere a los gobernadores la facultad de escoger, de la terna que le envían los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos Nacionales, que operan en los departamentos a los jefes o gerentes seccionales.

El actor en el mismo escrito, solicitó la suspensión provisional del acto administrativo acusado, petición que fue denegada por la Sección en auto del 21 de agosto de 1992. (fls. 43 a 47).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El ciudadano Hernando Betancourt Riveros no contestó la demanda, ni pidió ni aportó pruebas.

TRASLADO PARA ALEGAR

El señor Víctor Obdulio Benavides Ladino, quien pidió ser reconocido como parte impugnadora de la acción impetrada, presentó alegato en la oportunidad legal, argumentando en esencia que si bien el artículo 305 numeral 13 de la Carta otorga a los Gobernadores la facultad de escoger a los jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que funcionan en su Departamento, de ternas enviadas por los Directores Generales, esta atribución no es de aplicación inmediata puesto que, conforme al mismo precepto debe estar precedida de una ley vigente que la reglamente.

El demandado, por su parte, presentó alegación en el sentido de que no existe violación constitucional, porque necesariamente el artículo 305 de la Carta requiere de la ley que permita en sentido jurídico y lógico la aplicación del mandato en él contenido.

También alegó el apoderado del demandante, planteando dos tesis en relación con el citado artículo 305, numeral 13 de la Constitución. La primera, consistente en que la norma atribuye a los Gobernadores la facultad de “escoger” que no de nombrar a quien debe regir el establecimiento público del orden nacional que opera en su Departamento, lo que implica “...un aditamento nuevo con respecto al sistema que venía rigiendo antes de la vigencia de la nueva Constitución, es decir, que a mi juicio se encuentra reglamentado que los directores, gerentes, de dichos establecimiento públicos del orden nacional, nombren, remuevan pero no escojan a los Gerentes de los establecimientos públicos que operan en las respectivas entidades territoriales...” (fl. 75).

Y la segunda, en el sentido de que todo el artículo 305 numeral 13 de la Carta está sin reglamentar y derogó toda la normatividad existente sobre la materia. En consecuencia sería igualmente nulo el acto administrativo que aquí se impugna por cuanto el Director Nacional de Caminos Vecinales no tiene facultad para hacer esta clase de nombramientos.

Opina que sería absurdo sostener que los Gobernadores no pueden ejercer esta facultad con el argumento de que se encuentra sin reglamentar, y expresa que, a su juicio, es nulo el acto y todos los demás actos que pretermitan la escogencia del nombre de los Directores Seccionales de los establecimientos públicos por parte de los gobernadores.

EL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava Delegada, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda con fundamento en que el artículo 305 numeral 13 de la Carta no tiene efecto inmediato, sino mediante su desarrollo legislativo, razón por la cual “...el jefe nacional respectivo de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, no está obligado a enviarle terna al gobernador para la selección de los gerentes o jefes seccionales...” (fl. 86).

Como la Sala es competente para dictar sentencia de única instancia en este proceso, y no se observa motivo de nulidad que pueda afectar su validez, procede a hacerlo previas las siguientes.

SECCIONQUINTA

CONSIDERACIONES

Está establecido en el expediente que por medio de la Resolución número 0955 de 12 de mayo de 1992, obrante al folio 1, el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales nombró al ingeniero Hernando Betancourt Riveros en el cargo de Director Regional, Código 2035, Grado 08, regional Meta, del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, y que según comunicación del 29 de mayo del año en curso, visible al folio 2, el Gobernador del Departamento del Meta certifica que "...el Director Nacional de Caminos Vecinales doctor Miguel Arango García, no dio cumplimiento al artículo 305 numeral 13 C. N. en razón a que en ningún momento me envió terna, ni escogí al Director Seccional de Caminos Vecinales, Seccional Meta".

La cuestión de fondo en el *sub lite* radica en establecer si por el hecho de no haber enviado el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales la terna al Gobernador del Meta para la escogencia del Director Seccional de ese Organismo que opera en la entidad territorial, se han quebrantado los artículos 287 y 305 numeral 13 de la Carta Política.

Dispone el artículo 287 de la Constitución lo siguiente:

"Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales".

De otra parte el artículo 305 *ibidem* establece:

"Son atribuciones del gobernador:

...

13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley".

De la lectura de las normas transcritas se desprende la prevalencia del principio de descentralización con autonomía de las entidades territoriales, consagrado en la nueva Constitución en su artículo 1º, manifestado de manera

especial a través del ejercicio de los derechos que ellas tienen a gobernarse por autoridades propias y a ejercer las competencias correspondientes.

En armonía con estos derechos, el Gobernador es, conforme al artículo 303 de la Carta, jefe de la Administración Seccional y Representante Legal del Departamento y está dotado de atribuciones propias como las señaladas en el artículo 305 *ibidem*, una de las cuales es precisamente la prevista en el numeral 13, materia del actual análisis.

Pero conviene tener presente que la reforma introducida al régimen departamental por la Constitución de 1991, requiere ser desarrollada mediante leyes que fijen de manera precisa, la forma como debe ser aplicada y el procedimiento adecuado para lo cual el Constituyente previó su reglamentación legal.

Lo anterior significa que mientras tales leyes reglamentarias no hayan sido expedidas, los gobernadores no pueden gozar ni utilizar la facultad contenida en el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Nacional.

En criterio de la Sala y en el caso particular materia de estudio, la Carta asigna al legislador competencia para reglamentar lo concerniente a esta nueva atribución de los mandatarios departamentales, y mientras el Congreso no la utilice y expida la ley correspondiente la atribución es inane.

En el caso *sub lite* es evidente que, cuando el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales nombró al doctor Hernando Betancourt Riveros como Director Regional del Fondo Nacional de Caminos Vecinales del Meta (12 de mayo de 1992), aún no había sido expedida la ley reglamentaria del artículo 305 numeral 13 de la Constitución Nacional, por lo cual no estaba obligado a enviar al Gobernador la terna que extraña el demandante, como acertadamente lo indica la Procuradora Octava Delegada en su vista de fondo. Por consiguiente, la violación de los artículos 287 y 305 numeral 13 de la Constitución que el actor estima transgredidos, no se ha presentado y en consecuencia su demanda no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Deniégnase las pretensiones de la demanda.
2. En firme esta providencia, archívese el proceso.

SECCION QUINTA

Copíese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Requisitos / VECINDAD

Está demostrado en el proceso que el demandado, cumple con el presupuesto de la vecindad en el municipio para el cual fue elegido alcalde, durante el tiempo exigido por el artículo 2º de la Ley 49 de 1987. El registro civil de nacimiento, aportado por el demandado con la contestación de la demanda, no es del caso tenerlo en cuenta, pues el hecho relativo al lugar de nacimiento del elegido, no fue invocado en la demanda y además, dicho registro se llevó a cabo con posterioridad a la presentación del libelo.

DEMANDA - Requisitos / NORMA VIOLADA / JURISDICCION ROGADA

El actor no señaló la norma violada como fundamento de su acusación y dado el carácter de rogado de la jurisdicción contenciosa administrativa, no puede ésta, escoger a su arbitrio o capricho una disposición para darle validez o sustento positivo a la situación que plantea el accionante.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0865.

Actor: Humberto Paredes Benítez.

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 7 de septiembre de 1992, por el honorable Tribunal Administrativo de Sucre.

SECCION QUINTA

LA SENTENCIA RECURRIDA

El proveído apelado, declara la no prosperidad de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el demandado y previo estudio de fondo, niega las pretensiones del actor.

El examen previo a la decisión, lo circunscribe el Tribunal a las razones en que se fundamenta la censura del acto de elección del ciudadano Hernán Enrique Perdomo como alcalde del Municipio de la Unión-Sucre, para el período 1992-1994, según las cuales, el antecitado ciudadano se encontraba inhabilitado para ser elegido en esa posición, ya que residía en la ciudad de Barranquilla, actitud violatoria del artículo 316 de la Constitución Nacional y de las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987 en sus artículos 2º, e igualmente, se halla inhabilitado, porque William Perdomo Vergara, hermano de aquél, resultó electo concejal del mismo municipio para el período 1992-1994.

Considera el *a quo*, que el primer cargo no tiene asidero alguno, porque mediante prueba testimonial y documental que obran en el expediente, se demostró que el señor Hernán Perdomo Vergara, “es nacido en el municipio de la Unión-Sucre, y que por lo menos residió en dicho lugar de 10 a 12 años”. Al efecto, cita el artículo 2º de la Ley 78 de 1986, modificado por la Ley 49 de 1987, norma que señala las calidades exigidas a los alcaldes. Sobre este punto concluye: “que siendo el señor Alcalde Municipal oriundo del Municipio donde salió elegido, como consta en el certificado de nacimiento que aparece en el folio 43 y habiendo sido residente en dicho municipio por mucho más de tres (3) años, la inhabilidad invocada no tiene fundamento alguno”.

El segundo cargo tampoco prosperó porque de acuerdo al fallo, el actor no señaló la norma violada como fundamento de su acusación y tampoco demostró el parentesco del Alcalde con el señor William Perdomo, hecho que pretendió acreditar con prueba testimonial que no es la idónea para ese caso.

EL RECURSO DE APELACION

Por conducto de apoderado, el demandante a folios 83 y s.s., al fundamentar el recurso de apelación que interpuso en tiempo contra la sentencia del *a quo*, aduce que de acuerdo a la certificación expedida por la Empresa Porcecol de Barranquilla, obrante a folio 66, el señor Hernán Perdomo siendo empleado de allí, salió electo alcalde de la Unión-Sucre, cargo que desempeñó hasta el mes de abril de 1992, hecho del cual supone la falta de ánimo en el elegido de permanecer o establecer residencia en el mentado municipio.

Alego entonces, que dado el hecho descrito, la violación del artículo 316 de la C. N., es clara, porque el demandado no se acogió a su prescripción, “ya que su residencia era antes de las elecciones la ciudad de Barranquilla”, por ello solicita se revoque la providencia y se acojan las pretensiones de la demanda.

Las partes durante el término de traslado no presentaron alegaciones.

CONCEPTO FISCAL

Lo emite la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso a folios 98 y s.s., precisando que, “con prueba documental allegada al proceso, está demostrado que el señor Hernán Enrique Perdomo Vergara, nació en el municipio de La Unión-Sucre, el 18 de octubre de 1955 (fl. 43), por consiguiente, éste no estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde del Municipio de La Unión, pues reunía el requisito de haber nacido en este municipio, en la forma como lo señala la norma que se considera transgredida”.

Advierte la representante del Ministerio Público, que el artículo 316 no tiene el alcance que el actor pretende, ya que sólo se refiere a electores y su propósito, es impedir el traslado de éstos de una circunscripción a otra, “evitando que se elijan candidatos en municipios que no tienen el respaldo de sus habitantes y ninguna vinculación con ellos...”.

CONSIDERACIONES

Prescribe el artículo 2º de la Ley 49 de 1987, que modificó el artículo 2º de la Ley 78 de 1986:

Calidades. Para ser elegido alcalde se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o haber sido vecino del respectivo municipio o la correspondiente área metropolitana durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato, o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

(...)

El artículo 316 de la Constitución Nacional establece:

En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

Las anteriores disposiciones son las invocadas por el actor, pretendiendo la nulidad del acto por el cual, la comisión escrutadora municipal en los

SECCION QUINTA

escrutinios realizados el 10 de marzo de 1992, declaró al ciudadano Hernán Enrique Perdomo como Alcalde del Municipio de La Unión-Sucre, para el período 1992-1994.

El hecho sobre el que se hace recaer la transgresión de las normas, consiste básicamente, en que el señor Perdomo Vergara, residía en la ciudad de Barranquilla y, portanto al momento de la elección, estaba inhabilitado para ser elegido alcalde de La Unión.

La prueba que allegó el demandante de manera regular y oportuna, para demostrar el supuesto alegado, se remite al certificado que obra a folio 66 del expediente y, los testimonios de los señores José de Dios Herrera Ricardo, Ramón Vergara Serpa, Manuel Benítez Arrieta Jiménez y José Jorge Jarava Ricardo (fls. 59-64).

Mediante el documento se acredita que el demandado laboró en la Empresa "Porcecol" de Medellín, desde el 21 de junio de 1984, hasta el 30 de abril de 1992, fecha en que presentó renuncia, es decir, que durante un período considerable de tiempo, por razones de trabajo permaneció fuera del municipio de La Unión-Sucre.

Con las declaraciones de terceros se establece, que si bien estuvo ausente ese lapso de tiempo y algo más, también lo fue, que los testigos claramente determinan un período de residencia en la localidad mencionada, superior a los tres (3) años consecutivos.

Para la Sala es evidente que el documento por sí solo, no tiene la eficacia probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto demandado. Por el contrario, está demostrado en el proceso que el señor Hernán Enrique Perdomo Vergara, cumple con el presupuesto de la vecindad en el Municipio de La Unión-Sucre, durante el tiempo exigido por el artículo 2º de la Ley 49 de 1987. El registro civil de nacimiento aportado por el demandado con la contestación de la demanda, no es del caso tenerlo en cuenta, pues el hecho relativo al lugar de nacimiento del elegido, no fue invocado en la demanda y además, dicho registro se llevó a cabo con posterioridad a la presentación del libelo.

Pero es oportuno advertir, como igualmente lo hace la Procuradora Delegada en su concepto, que el artículo 316 de la Constitución Nacional se refiere a los electores con el propósito de impedir trasteo de votos, y no a los candidatos a cargos de representación popular, y así se hubiera demostrado el factor negativo de vecindad alegada, esta norma constitucional no habría resultado quebrantada.

Ahora, respecto a la inhabilidad alegada en el escrito de corrección a la demanda (fl. 25), de ser el prenombrado alcalde, cuya elección se cuestiona, hermano del señor William Perdomo Vergara, quien fue elegido concejal del mismo municipio para el período 1990-1992, la Sala se identifica con el criterio del Tribunal al precisar, que el actor “no señaló la norma violada como fundamento de su acusación...”, y dado el carácter de rogada de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no puede ésta, “escoger a su arbitrio o capricho una disposición para darle validez o sustento positivo a la situación que plantea el accionante...”.

Pero, además de lo anterior, para acreditar tal parentesco el actor allegó prueba testimonial, que no es la idónea para probar este hecho.

Así las cosas, la sentencia apelada se ajusta a derecho y deberá ser confirmada.

Por lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con la Procuradora Delegada en lo Contencioso,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 7 de septiembre de 1992, por el honorable Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL - Naturaleza / SENTENCIA ELECTORAL / PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

La facultad de impugnar la sentencia que el recurrente resalta en la transcripción del artículo 29 de la Carta, dice relación a uno de los derechos que los sindicatos tienen dentro del proceso penal, y que como la del artículo 31 de la C. N., sobre apelación de la sentencia, obedecen al principio de la pluralidad de las instancias, en virtud del cual todo proceso está sometido al doble grado de competencia por lo que toda sentencia judicial puede ser apelada con las excepciones que establezca la ley. Ahora bien no constituyendo el recurso extraordinario de súplica una nueva instancia al principio consagrado por el citado artículo 31 de la Carta no le es aplicable. Por otra parte la acción condenatoria tiene como característica esencial la deducción de una responsabilidad plasmada por el juez en la resolución de condena, como resultado de una acción u omisión culposa del demandado. La acción pública o popular, como es la de nulidad electoral está dirigida a obtener la certeza jurídica frente a una situación objetiva en el que el interés jurídico en juego no es el particular del demandado sino el del orden jurídico del Estado. De ahí que no sea necesario acreditar interés directo para su ejercicio; basta el de la ley. Con ella no se pretende condena alguna contra el demandado, la persona elegida o nombrada, su objetivo es preservar la pureza del sufragio, conservando las condiciones de elección y de elegibilidad establecidas en la Constitución y la ley. Busca conservar el orden jurídico de la Nación mediante la declaración de nulidad de una elección o nombramiento, en los casos en que se hubiere desconocido el mandato expreso de la ley perturbándose dicho orden jurídico. No

tiene por tanto las características de una acción de condena que pueda devenir a un fallo condenatorio.

FUENTES FORMALES DEL DERECHO / IMPERIO DE LA LEY / JURISPRUDENCIA - Naturaleza

Solo la ley debe ser el fundamento de las determinaciones judiciales, pues es su imperio el que rige la procedencia y validez de sus decisiones. La jurisprudencia como la misma norma lo expresa, se constituye tan solo en un mero criterio auxiliar, sin poder obligatorio vinculante en las resoluciones judiciales y cuya atención por el juzgador no se deriva del poder impositivo de la Constitución o la ley, sino en virtud del ponderado examen y razonado criterio que en cada caso particular éste le otorgue. Esta preeminencia de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia, no puede ponerse en duda, ser considerado como oscuro, ni estimado como inexistente para aplicar y utilizar, en su orden, las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887. Ni menos aún para remitirnos a una disposición hace tanto tiempo derogada como lo fue el artículo 4º de la Ley 169 de 1896. Si un texto constitucional o legal es suficientemente claro, como lo es para esta Sala el artículo 230 de la Constitución Nacional, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, según lo expresa el artículo 27 del C. C.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0600.

Actor: Jairo Arbelaez Arias.

En providencia de esta Sala, proferida el 11 de diciembre del año pasado, se rechazó por improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia del 26 de octubre del mismo año, que decretó la nulidad del acto por medio del cual los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon elegidos Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Quindío, período 1991 a 1994, en cuanto en dicho acto se declaró elegida Representante a la Cámara a la señora Lucelly García de Montoya.

SECCIONQUINTA

Contra esa decisión, el mismo apoderado interpone ahora recurso, conforme al artículo 182 del C.C.A., al cual se le dio el trámite legal correspondiente, por lo cual se procede a su estudio y decisión en la siguiente forma:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado de la parte demandada en escrito de reposición visible a los folios 364 a 370, sustenta su petición, sosteniendo que la norma constitucional que sirvió de fundamento a la Sección para rechazar el recurso -artículo 230 de la C.N.- no modificó la legislación preexistente, sino que, por el contrario, la ratificó, y en apoyo de este planteamiento invoca, transcribiéndolos, los artículos 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, los que considera haber sido ordenados y ratificados por la Constitución de 1991 “dándoles categoría de criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Para ratificar su argumentación anterior, transcribe parte de la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 31 de agosto de 1988, expediente número S-032, de la cual deduce que el recurso de súplica “no obedece al poder vinculante de la jurisprudencia, sino a un criterio de competencia” por lo que estima que el citado artículo de la Constitución antes que derogar el recurso extraordinario reafirmó su vigencia.

Invoca luego el artículo 29 de la Carta, cuyo texto también transcribe, en orden a la defensa del derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias, que afirma no es sólo una garantía del derecho penal sino de toda actuación judicial y administrativa, por lo que estima que la sentencia dictada por la Sala puede ser atacada mediante el recurso extraordinario de súplica.

Dice luego que el derecho a impugnar una sentencia sancionatoria es diferente a la garantía establecida en el artículo 31 de la C.N., mediante el cual se autoriza al legislador “exceptuar los casos en que las sentencias judiciales no tiene apelación o consulta, pues el derecho a impugnar no puede ser limitado ni excepcionado por norma legal ni de inferior categoría”.

Respecto a la improcedencia de recurso alguno contra las sentencia proferidas por la Sección Quinta, consagrada en el artículo 6º de la Ley 14 de 1988, expresa que contra tal determinación se produjo una derogatoria tácita por virtud de la excepción del Decreto 2304 de 1989, cuyo artículo 21 “reguló con posterioridad el recurso de súplica sin establecer ninguna distinción o excepción”.

Reconoce la naturaleza especial de la Ley 6ª, pero resalta que al haber establecido el artículo 29 de la Constitución el derecho a impugnar la sentencia sancionatoria modificó la legislación y abrió la posibilidad de recurrir las sentencias de la Sección Quinta.

Los restantes planteamientos consignados en el punto II de su escrito de reposición, están dirigidos, como conclusión de su exposición, a tratar de demostrar la variación de la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, y hacia dichos objetivos dirige su argumentación final, la cual concluye con la solicitud de revocatoria del auto impugnado y, en subsidio, la expedición de "copias de la providencia recurrida y de las demás piezas conducentes del proceso".

CONSIDERACIONES

Los argumentos del recurrente pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. Que el artículo 230 de la Constitución Nacional no suspendió la vigencia del recurso extraordinario de súplica, sino que, por el contrario, la reafirmó.

2. Que la prohibición sobre procedencia de recursos contra las sentencias proferidas por la Sección Quinta, consagrada en el artículo 6º de la Ley 14 de 1988, desapareció con la expedición del artículo 21 del Decreto 2304 de 1989.

3. Que aún reconociéndole carácter especial a la Ley 14 de 1988, ésta fue modificada por el artículo 29 de la Carta al consagrar el derecho a impugnar las sentencias sancionatorias.

Respecto al primer punto, la Sala reafirma la tesis expresada en el auto recurrido, expuesta ya en ocasión anterior por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en jurisprudencias del 7 y 10 de julio de 1992, la primera de las cuales sirvió de especial sustento al auto del 11 de diciembre del año pasado.

No ignora la Sección que la jurisprudencia como la doctrina son elementos valiosos e importantes que sirven al juez para orientar e ilustrar sus providencias y para llevar claridad y comprensión, en casos dudosos, a la normatividad constitucional y legal. Pero por tales razones no puede ella constituirse en factor imprescindible de las decisiones judiciales, ni en patrón de obligatorio cumplimiento para administrar justicia.

Al examinar con detenimiento y sindéresis jurídica el contenido de la norma constitucional que sirvió de base a la estimación de improcedencia del

SECCION QUINTA

recurso extraordinario de súplica, se llega a la conclusión, dada la claridad de su texto y la armónica redacción de su contenido, que solo la ley debe ser el fundamento de las determinaciones judiciales, pues es su imperio el que rige la procedencia y validez de sus decisiones. La jurisprudencia como la misma norma lo expresa, se constituye tan solo en un mero criterio auxiliar, sin poder obligatorio vinculante en las resoluciones judiciales y cuya atención por el juzgador no se deriva del poder impositivo de la Constitución o la ley, sino en virtud del ponderado examen y razonado criterio que en cada caso particular éste le otorgue.

Esta preeminencia de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia, no puede ponerse en duda, ser considerado como oscuro, ni estimado como inexistente para aplicar y utilizar, en su orden, las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887. Ni menos aún para remitirnos a una disposición hace tanto tiempo derogada como lo fue el artículo 4º de la Ley 169 de 1896.

Si un texto constitucional o legal es suficientemente claro, como lo es para esta Sala el artículo 230 de la Constitución Nacional, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, según lo expresa el artículo 27 del Código Civil.

Para la Sección, el texto constitucional es claro en cuanto obliga al juez a someterse a la ley al proferir sus decisiones, como inequívoca es su intención de dar preeminencia a ésta sobre la jurisprudencia, la que por razón del recurso extraordinario de súplica venía desplazando a la ley en la fundamentación de las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en muchas ocasiones con desconocimiento de los fallos de las Secciones, y en perjuicio de la independencia de sus decisiones.

Dicha norma constitucional "...implica que cada una de las secciones entre las cuales están distribuidas las funciones de la Sala Contencioso-Administrativa, con criterio de especialización, bien puede apartarse de la jurisprudencia de la Sala Plena, sin que esta posición constituya causal de recurso que puede conllevar la revocatoria de sus providencias, ya que sus decisiones, en principio, están sujetas solamente a la ley y en ella se fundamentarán las causales para atacar sus providencias en recursos extraordinarios.

Dentro del nuevo derrotero señalado por la Constitución, bien puede adoptar como criterio interpretativo la jurisprudencia de la Sala Plena como criterio auxiliar, más no obligatorio.

Al anterior principio expresamente consagrado en la Constitución de 1991, se agrega el de la independencia de las decisiones judiciales resaltado por el artículo 229 de la misma Carta.

En consecuencia y en concepto de esta Sala, cuando alguna Sección acoja sin aprobación de la Sala Plena doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, ha dejado de ser motivo del recurso extraordinario de súplica consagrado en los dos primeros incisos del artículo 130 del C.C.A. Como el fundamento de dicho recurso resulta incompatible con la nueva Carta Política, con base en el artículo 4º de la misma, lo estima improcedente” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de julio 10/92).

En relación con el segundo punto, encuentra la Sala que al no existir duda alguna sobre la claridad meridiana de la norma constitucional y sobre la intención que inspiró su redacción, surge como lógica consecuencia, con respecto al artículo 21 del Decreto 2304 de 1989 subrogatorio del artículo 130 del C.C.A., una marcada contradicción y enfrentamiento, los que deben resolverse dando aplicación a los artículos 4º de la Constitución Nacional, 5º de la Ley 57 de 1887 y 9º de la Ley 153 de 1887, por ser las disposiciones de la Carta normas reformativas y derogatorias de las leyes preexistentes y de preferente aplicación sobre aquellos que le sean incompatibles.

Por consiguiente, es indiscutible que por ser el recurso extraordinario de súplica contrario a la letra y al espíritu del artículo 230 de la Constitución Nacional, perdió su vigencia en los términos del artículo 130 del C.C.A., subrogado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, a más de que por ser el artículo 6º de la Ley 14 de 1988 una norma de carácter especial no puede ser derogada por una de naturaleza general expedida en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas con anterioridad a la expedición de dicha ley.

En cuanto al tercer y último punto, la Sala considera que la aplicación tanto del artículo 230 de la Constitución Nacional como el artículo 6º de la Ley 14 de 1988, no atentan en forma alguna contra el derecho a un debido proceso, no solamente porque en el trámite de la acción de nulidad electoral seguido contra Lucelly García de Montoya, se cumplieron a cabalidad con todas las garantías que consagra el artículo 29 de la Carta, como fueron: juzgamiento ante Tribunal competente -Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado- (art. 3º de la Ley 14 de 1988), conformidad con las leyes preexistentes -Constitución Nacional y Código Electoral vigentes-, observancia plena del procedimiento establecido en el Capítulo IV, Título XXVI, Libro 4º del C.C.A., Decreto 2304 de 1989 y Ley 14 de 1988, y respeto absoluto al derecho de defensa que la parte demandada

SECCION QUINTA

ha venido ejerciendo a plenitud a través de su apoderado, sino porque la facultad a impugnar la sentencia que el recurrente resalta en la transcripción del artículo 29 de la Carta, dice relación a uno de los derechos que los sindicatos tienen dentro del proceso penal, y que como la del artículo 31 de la Constitución Nacional, sobre apelación de la sentencia, obedecen al principio de la pluralidad de las instancias, en virtud del cual todo proceso está sometido al doble grado de competencia por lo que toda sentencia judicial puede ser apelada con las excepciones que establezca la ley.

Ahora bien, no constituyendo el recurso extraordinario de súplica una nueva instancia, el principio consagrado por el citado artículo 31 de la Carta no le es aplicable.

Por otra parte, la acción condenatoria tiene como característica esencial la deducción de una responsabilidad plasmada por el juez en la resolución de condena, como resultado de una acción u omisión culposa del demandado:

La acción pública o popular, como es la de nulidad electoral está dirigida a obtener la certeza jurídica frente a una situación objetiva en el que el interés jurídico en juego no es el particular del demandado sino el del orden jurídico del Estado. De ahí que no sea necesario acreditar interés directo para su ejercicio; basta el de la ley.

Con ella no se pretende condena alguna contra el demandado, la persona elegida o nombrada, su objetivo es preservar la pureza del sufragio, conservando las condiciones de elección y de elegibilidad establecidas en la Constitución y la ley. Busca conservar el orden jurídico de la Nación mediante la declaración de nulidad de una elección o nombramiento, en los casos en que se hubiere desconocido el mandato expreso de la ley perturbándose dicho orden jurídico.

No tiene por tanto las características de una acción de condena que pueda devenir a un fallo condenatorio.

Por las razones anteriormente expuestas y las que se tuvieron en cuenta al proferir la providencia objeto del recurso, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1. No reponer el auto de 11 de diciembre de 1992.
2. A costa del peticionario, por Secretaría, expídanse las copias solicitadas por el mismo, en su escrito de 13 de enero de 1993.

3. Ejecutoriada esta providencia expídanse las comunicaciones correspondientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta

Ref.: Expediente número 600.

Aclaración de Voto

Actor: *Jairo Arbeláez Arias.*

Con el mayor respeto me permito aclarar el voto favorable a la providencia que antecede por cuanto aunque estoy totalmente de acuerdo con la decisión en ella adoptada y con la casi totalidad de las consideraciones, discrepo en lo siguiente:

Es un hecho que la Sala Contenciosa de la Corporación considera mayoritariamente que el recurso extraordinario de súplica desapareció al entrar en vigencia la nueva Constitución; y como hecho que es lo acepto.

Pero discrepo en cuanto en el auto que antecede no sólo se admite el hecho anotado sino que se procede a defender la fundamentación de la decisión de la Sala Contenciosa sobre el particular que, personalmente no comparto y que me remite a lo sostenido respecto de todas las providencias en que se ha tratado el asunto, allí sí como salvamento de voto, porque considero que el recurso de súplica no queda abolido por el artículo 230 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones:

...Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

El recurso extraordinario de súplica aparece establecido como un medio de control que surge frente al incumplimiento de un mecanismo interno establecido por la misma Corporación (art. 13 del reglamento) para introducir cambios en la Jurisprudencia.

Ahora bien, en la práctica se observa que frente a un recurso extraordinario de súplica interpuesto, la Sala estudia en primer término si hay contradicción de la jurisprudencia por parte de la providencia acusada pero, en caso afirmativo, debe examinar a continuación cuál de las dos entre la jurisprudencia y la providencia que se cuestiona, se ajusta a la ley y para, como consecuencia del examen, bien mantener la primera o bien adoptar la segunda como la nueva jurisprudencia de la Corporación en reemplazo de la anterior.

En este orden de ideas es claro que el recurso busca hacer prevalecer la ley y no la jurisprudencia y por lo mismo no contradice en nada el texto constitucional.

No obstante lo anterior como de las demás consideraciones que se plasman en el proveído se deduce claramente la improcedencia del recurso extraordinario de súplica, el pronunciamiento de la Sala Contenciosa y la fundamentación de la Sección, de la cual discrepo, resulta inocua pues aún si ella se allega a la decisión de no reponer el auto impugnado y, por lo mismo, no es del caso salvar sino aclarar el voto.

De los señores consejeros,

Miren de La Lombana de Magyaroff.

Fecha, *ut supra*.

NULIDAD PROCESAL / RECURSO DE APELACION - Improcedencia / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

El artículo 181 del C.C.A., norma expresa de naturaleza específica para los procesos contencioso administrativos determina en forma concreta y taxativa, sin remisión alguna, cuáles son los autos específicos que pueden ser apelados, y dentro de ellos no contempla aquel que resuelve sobre las nulidades.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0919.

Actor: Augusto Acosta Blanco.

Surtidos los trámites del recurso ordinario de súplica interpuesto por el señor apoderado de la parte demandante contra el auto de Sala Unitaria de esta Sección, de fecha 11 de diciembre del año pasado, procede la Sala a resolverlo en la forma prevista en el artículo 183 del C.C.A., subrogado por el artículo 39 del Decreto 2304 de 1989.

LA PROVIDENCIA SUPPLICADA

Con fecha 11 de diciembre de 1992, el honorable Magistrado Sustanciador declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de noviembre 5 del mismo año dictado por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual esta Corporación negó la nulidad solicitada por la parte actora dentro del proceso electoral promovido por el señor Augusto Rafael Acosta Blanco dirigido a obtener la nulidad de la elección de Julio Peñalosa Acosta como Alcalde Municipal de Plato para el período constitucional 1992-1994, al considerar que la enumeración que el artículo 181 del C.C.A. hace de las providencias susceptibles del recurso de

alzada es taxativa y en ella no aparece señalado el auto que fue objeto de apelación.

Para respaldar su planteamiento el honorable Magistrado Ponente transcribe apartes de una reciente providencia de esta Sección Quinta de fecha noviembre 19 del año próximo pasado, en la cual se analiza la naturaleza de la acción electoral y la procedencia de la interpretación restrictiva del artículo 181 del C.C.A. que regula la viabilidad de la apelación en los asuntos de que conoce el Contencioso Administrativo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado judicial de la parte demandante, después de hacer una detallada descripción de los hechos que en su concepto hacían viable la solicitud de nulidad denegada, y analizar la prueba que los acredita, el alcance jurídico de la misma, los fundamentos de su solicitud, transcribir la parte resolutive de la providencia del Tribunal, y señalar los trámites del recurso de apelación interpuesto contra tal proveído y de los correspondientes a la acumulación que allí se decidió, manifestó su inconformidad con la decisión del honorable Magistrado Ponente, al considerar que la relación de autos contenida en el artículo 181 “no es *taxativa*, sino simplemente *enunciativa* (subrayas del recurrente), lo cual significa que a más de los allí señalados son también susceptibles de apelación otros más como los mencionados en el artículo 351 del C. de P. C., dado que “*en los aspectos no contemplados en este código* ‘se seguirá el Código de Procedimiento Civil *en lo que sea compatible* con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo’, como así lo dispone el artículo 267 del Decreto 01 de 1984”. (Destacado del recurrente).

En apoyo de su argumentación cita las opiniones de destacados juristas y tratadistas como el honorable Consejero de Estado, Carlos Betancur Jaramillo y el ex Consejero doctor Valencia Arango, expresadas por el primero, en su obra Derecho Procesal Administrativo, Tercera Edición 1992, páginas 398 y 399, y la del segundo en el libro Comentarios al Código Contencioso -Segunda Edición- editado por la Biblioteca de la Cámara de Comercio bajo el título “los recursos ordinarios y extraordinarios en los procesos contencioso administrativo”, página 215; y transcribe jurisprudencias tanto de Sala Unitaria como de esta Sección, y de la Sección Tercera, de fechas 19 de enero de 1989 (Exp. número 0265, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, Sala Unitario -Sección Quinta-), 6 de diciembre de 1990 (Exp. número 0489, Consejero Ponente doctor Jorge Penén

SECCIONQUINTA

Deltieure -Sección Quinta-), 8 de noviembre de 1990 (Exp. número 0447, Consejero Ponente doctor Jorge Penén Deltieure -Sección Quinta-), 19 de octubre de 1984 (Sección Tercera), y 2 de marzo de 1989 (Exp. número 0260, Consejero Ponente doctor Euclides Londoño Cardona, Sección Quinta).

CONSIDERACIONES:

Entiende la Sala que la acción pública de nulidad electoral, dada su finalidad y objeto y la índole propia que la caracteriza, dirigida fundamentalmente a preservar y garantizar la pureza del sufragio y la eficacia oportuna del voto como instrumento esencial de la democracia y del orden jurídico del Estado, contiene una serie de principios y mecanismos tendientes a asegurar que la expresión de la voluntad popular no se cercene, restrinja y prolongue indebidamente, a través de procedimientos dilatorios y formalismos extremos, sino que ella se traduzca en los actos y objetivos concretos por y para los cuales se manifiesta el sufragio.

Alguno de estos mecanismos son, sin duda, aquellos que acortan términos en relación con la caducidad y los trámites procesales, y los que tienden a limitar la utilización de los recursos y la procedencia de incidentes, que obviamente dilatan la actuación procesal.

El artículo 181 del C.C.A., norma expresa de naturaleza específica para los procesos contencioso administrativos incluida dentro del título XXIII-Medios de Impugnación y Consulta -Capítulo I- Recursos Ordinarios y Consulta-, determina en forma concreta y taxativa, sin remisión alguna, cuáles son los autos específicos que pueden ser apelados, y dentro de ellos no contempla aquel que resuelve sobre las nulidades.

Por su parte esta Sala ha expresado, variando la jurisprudencia referenciada por el señor apoderado del demandante mediante las transcripciones contenidas en su memorial de súplica, que el señalamiento que el artículo 181 hace de los autos susceptibles del recurso de apelación es de carácter taxativo y no enumerativo (Exp. 0872, auto de noviembre 19 de 1992, Exp. número 0894, diciembre 4 de 1992). En igual sentido se ha pronunciado la Sección Segunda de la Sala Contencioso- Administrativa, en providencias del 23 y 30 de octubre de 1991, expedientes 5744 y 5828, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno, de las cuales se extractan los siguientes apartes:

1. Sección Segunda, Expediente 5744, providencia de octubre 23 de 1991:

“La providencia contra la cual se interpone el recurso de queja, fue dictada dentro de la proposición y trámite de un supuesto conflicto de jurisdicción, cuyas decisiones allí adoptadas, no están previstas como de las que son susceptibles de recurso de apelación y que taxativamente enuncia el artículo 181 del C.C.A. En efecto, la mencionada norma establece como apelables los siguientes autos dictados en primera instancia por los tribunales administrativos: el inadmisorio de demanda, el que resuelva sobre la suspensión provisional, el que ponga fin al proceso y el que resuelva sobre la liquidación de condenas”.

2. Sección Segunda, Expediente 5828, providencia de octubre 30 de 1991:

“Se contrae el recurso de alzada a solicitar que se revoque el auto del *a quo*, mediante el cual declaró la nulidad de todo lo actuado en la jurisdicción laboral y se decreta la nulidad del proceso que contiene el conflicto de jurisdicción.

La providencia contra la cual se interpone el recurso de apelación, fue dictada, una vez el Tribunal Disciplinario decidió que la competencia para conocer del litigio, correspondía a la jurisdicción contenciosa administrativa (al Tribunal Administrativo de Antioquia). De ahí que no le quedaba otro camino que avocar el conocimiento del asunto y declarar la nulidad de lo actuado en el proceso ordinario laboral.

La providencia que avoca el conocimiento del proceso, no está prevista como de las susceptibles de recursos de apelación y que taxativamente enuncia el artículo 181 del C.C.A. En efecto, la mencionada norma prevé como apelables los siguientes autos dictados en primera instancia por los tribunales administrativos: el inadmisorio de demanda, el que resuelve sobre la suspensión provisional, el que ponga fin al proceso y el que resuelve sobre la liquidación de condenas”.

Conforme se observa, es variada la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ratificando el carácter restrictivo del artículo 181 del C.C.A. en cuanto a la enumeración de los autos objeto de apelación. La regulación que contiene es de carácter especial, por cuanto se consagra para ser aplicada en la jurisdicción contencioso-administrativa, de tal manera que no puede eludirse su observancia y acudirse a otras normas para determinar su alcance y forma de aplicación.

Ahora bien, la remisión de carácter general que hace el artículo 267 del C.C.A., al C. de P. C., está subordinada al cumplimiento de dos requisitos

SECCION QUINTA

esenciales: que la situación procesal no esté contemplada en el C.C.A. y que la solución regulada por el C. de P. C. sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para esta Sala ninguna de estas condiciones se configura. La primera porque sí existe norma especial que regula la procedencia del recurso de apelación, señala específicamente las providencias susceptibles del mismo, la forma como debe interponerse y el efecto en que, por regla general, debe concederse; y la segunda porque la naturaleza especial del proceso electoral caracterizado por la celeridad que el legislador le imprimió, y la finalidad de la acción dirigida a la preservación de la democracia y del rápido funcionamiento de las instituciones, no es compatible con la dilación que el proceso puede sufrir al extenderse injustificadamente el número de providencias pasibles de apelación con las obvias demoras que el trámite de cada recurso conllevaría.

No es pues, en concepto de esta Sala, aplicable el artículo 267 del C.C.A. respecto del artículo 181 *ibidem*.

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1. Confirmar el auto de fecha 11 de diciembre de 1992, proferido en Sala Unitaria, mediante el cual declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de noviembre 5 de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

2. En firme esta providencia dése cumplimiento por la Secretaría al numeral segundo del auto recurrido.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Nota de Relatoría: Reitera, además, la jurisprudencia de la Sección Segunda, de fecha 23 de octubre de 1991, expediente número 5744 y providencia de la Sección Segunda de fecha 30 de octubre de 1991, expediente número 5828.

ALCALDE - Inhabilidades / AUTORIDAD CIVIL - Inexistencia

El artículo 40 del Acuerdo número 074 de 1987, señala las funciones generales que debe cumplir el Secretario de Hacienda en Girardot, pero tales funciones no confieren poder alguno que permita a quien las ejerce, tomar previsiones o impartir órdenes, cuyo cumplimiento sea ineludible por parte de los ciudadanos, el análisis de cada una de ellas, pone en evidencia que quien las desarrolla adquiere la categoría de coordinador, colaborador, supervisor, promotor y organizador de actividades relacionadas con aspectos contables, pero en manera alguna otorga facultad para ejercer algún tipo de autoridad civil. El demandado no ejerció jurisdicción ni autoridad civil, en el tiempo durante el cual se desempeñó como Secretario de Hacienda de la localidad de Girardot, bien podía sin quedar inhabilitado permanecer vinculado a la administración municipal, como en efecto permaneció, hasta el 30 de noviembre de 1991, toda vez, que entre esta fecha y la de su elección como alcalde de Flandes, el 8 de marzo de 1992, transcurrieron más de los tres meses señalados en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, tal como quedó modificado por el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0853.

Actor: Miguel Plata Clavijo.

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos oportunamente (fls. 116 y 117) por el demandante y el coadyuvante contra la sentencia

SECCIONQUINTA

proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 14 de septiembre de 1992 (fls. 110 - 115).

ANTECEDENTES

La demanda y sus fundamentos.

1. En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en su propio nombre, el ciudadano Luis Miguel Plata Clavijo, demandó del Tribunal Administrativo del Tolima, la nulidad de la elección del señor Ramiro Alfonso Quimbaya Monje, como alcalde popular de la localidad de Flandes (Tolima). Como consecuencia, solicitó la suspensión inmediata y provisional de la credencial que se hubiere expedido al señor Quimbaya Monje y la convocatoria a nueva elección de alcalde.

2. Como disposiciones violadas, el actor citó el artículo 5º, numeral e) de la Ley 78 de 1986, las Leyes 96 de 1985, 28 de 1979 y demás normas concordantes.

En opinión del demandante, al momento de su elección el señor Quimbaya Monje, se encontraba inhabilitado, por cuanto desempeñó el cargo de Secretario de Hacienda en el Municipio de Girardot, con jurisdicción, mando y manejo del presupuesto de esa localidad, sin que para el caso afecte el nivel territorial en el que desempeñó dicho cargo.

3. Por reunir los requisitos de ley, el Tribunal admitió la demanda y en el mismo proveído negó, por considerarla improcedente, la suspensión provisional de la credencial que se le expidiera al Alcalde de Flandes, observando además, que la petición referida, no fue respaldada, por ninguna norma de superior jerarquía (fls. 58-59).

4. Al proceso comparecieron y fueron reconocidos como partes coadyuvante e impugnadora, respectivamente, los señores Luis Alfredo García y Félix Eduardo Martínez Ramírez.

5. Dentro del término de fijación en lista (fl. 82 vto) y por conducto de apoderado, el Alcalde Ramiro Alfonso Quimbaya Monje, contestó la demanda (fls. 89-90).

LA SENTENCIA RECURRIDA

El fallador de primera instancia denegó las peticiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que seguidamente se resumen:

1. En primer lugar, le concedió total valor probatorio, tanto a la copia del acta general de escrutinios municipales, como a la fotocopia del Acuerdo

número 074 de 1987, expedido por el Concejo de Girardot, en razón de que las primeras están autenticadas por los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, despacho en el que, por ministerio de la ley, debe reposar el original o copia auténtica de la misma. En el mismo sentido se expresó en relación con la fotocopia del Acuerdo número 074 de 1987, cuyo original, o copia auténtica -dijo- debe reposar en la Secretaría de Gobierno de Girardot.

2. En segundo lugar, el acervo probatorio le permitió afirmar que se encontraban debidamente demostrados, los siguientes hechos:

2.1. La inscripción y ulterior elección de Ramiro Alfonso Quimbaya Monje, como Alcalde Popular de Flandes, para el período 1992-1994.

2.2. El desempeño del señor Quimbaya Monje, como secretario de Hacienda del Municipio de Girardot, durante período comprendido, entre el 18 de julio de 1990 y el 30 de noviembre de 1991.

3. Partiendo de la base de que la inhabilidad recae en quien dentro de los tres o seis meses, anteriores a la elección -no a la inscripción como dijo el actor- se hubiere desempeñado como funcionario público, con jurisdicción, o autoridad civil, política o militar; y después de estudiar las funciones señaladas en los artículos 37 y siguientes del Acuerdo número 074 de 1987, el Tribunal concluyó, que el Secretario de Hacienda de ese municipio no tuvo funciones que conllevaran ejercicio de jurisdicción ni de autoridad civil o política pues, por ministerio de la ley, el ejercicio de esas atribuciones, le corresponde al alcalde y no a uno de su subalternos, como en efecto son los Secretarios de Hacienda.

Para corroborar ese aserto, el *a quo* citó y transcribió parcialmente, una providencia de esta Sección y otra de la Sala de Consulta y Servicio Civil, calendadas en su orden, el 31 de mayo de 1990, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez y el 5 de noviembre de 1991, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

En extenso escrito visible a folios 122 a 133, el actor solicita la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima y que en su lugar se declare nula la elección demandada.

Las razones por las cuales disiente de la sentencia aludida, se pueden resumir así:

SECCION QUINTA

1. El actor-apelante insiste en que el cargo de Secretario de Hacienda, inviste a quien lo desempeña de jurisdicción y autoridad civil, según determina el manual de funciones que aportara con la demanda. Seguidamente se refiere a supuestas maniobras engañosas ocurridas durante el proceso de elección del alcalde de Flandes.

2. En sentir del recurrente, la inhabilidad que afecta al señor Ramiro Alfonso Quimbaya Monje, está vigente y por lo tanto es procedente la declaratoria de nulidad de su elección como Alcalde, por virtud del artículo 1º, parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987.

En relación con este aspecto, sostiene que la providencia recurrida, interpretó que él, en calidad de demandante, se refirió a la segunda parte de la disposición mencionada, cuando muy claro aparece en el libelo y en la corrección del mismo, que su pretensión se encaminaba a conseguir el cumplimiento del régimen de inhabilidades proclamado en la ley.

3. El fallo impugnado pretende colocar al señor Quimbaya Monje antes de su elección -como simple empleado público-, tal como lo prevé la última parte de la disposición referida, según la cual, solo se necesitan tres meses, previos a la elección, para retirarse de un cargo público sin quedar inhabilitado.

4. El Tribunal no tuvo en cuenta la manifestación del representante de la Procuraduría, en el sentido de que el Secretario de Hacienda está investido de jurisdicción coactiva, pues de él depende el manejo de los recursos físicos y económicos cuyo acatamiento, por parte de los ciudadanos, implica poder o autoridad.

El apoderado del coadyuvante, en escrito obrante a folios 151-153 sustentó la apelación que interpuso, sosteniendo que el cargo de secretario de Hacienda conlleva ejercicio de autoridad civil. En concepto visible a folios 157 a 162, la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, solicita la confirmación de la sentencia recurrida, en razón de que el señor Ramiro Alfonso Quimbaya Monje, no está incurso en la causal de nulidad previstas en el artículo 1º, parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987, que modificó el numeral e) del artículo 5º, de la Ley 78 de 1986.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 5º, de la Ley 78 de 1986 y su modificatorio, el artículo 1º de la Ley 49 de 1987 consagra en una misma causal, tres motivos de inhabilidad, para quienes aspiren a ser elegidos alcaldes municipales. En efecto, la norma referida dispone:

Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

(...)

e) ...como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

El primer grupo de empleados oficiales, a quienes cobija la inhabilidad consagrada en la norma transcrita, está integrado por quienes, habiéndose desempeñado como funcionarios, dentro de los seis (6) meses que precedieron a la respectiva elección, ejercieron jurisdicción, autoridad civil, política o militar; el segundo grupo lo conforman, quienes tres meses antes de las elecciones se hubieran desempeñado como empleados oficiales -que no funcionarios- entendidos como tales los empleados públicos, trabajadores oficiales y funcionarios de la seguridad social del nivel nacional, departamental o distrital (art. 14 Decreto 1001 de 1988); como una tercera categoría de sujetos, en quienes recae la inhabilidad para ser elegidos alcaldes, están los contratistas de las entidades del sector central o descentralizado, en sus diferentes niveles, siempre que el convenio se ejecute o cumpla en el respectivo municipio.

Ajuicio del actor-apelante, al momento de su elección como Alcalde de Flandes, el señor Ramiro Alfonso Quimbaya Monje, estaba incurso en el primer grupo de funcionarios afectados por la inhabilidad señalada en el precepto que se viene comentando, toda vez que, dentro de los seis meses anteriores a su elección, se desempeñó como secretario de Hacienda de Girardot, cargo, en decir del recurrente, con jurisdicción, mando, manejo de presupuesto y ejercicio de autoridad civil.

Para el caso es importante determinar la fecha en la que el señor Quimbaya Monje se desvinculó de la Secretaría de Hacienda, como también, si el desempeño de las funciones derivadas del cargo referido implicaron, de parte del mencionado Ramiro Quimbaya, ejercicio de jurisdicción y de autoridad civil.

Tal como observaron, el fallador de primera instancia y la Procuradora Delegada en lo Contencioso, reiteradamente esta Sala se ha referido a los

SECCION QUINTA

conceptos arriba señalados y al respecto, la jurisprudencia actualmente vigente ha venido expresando:

Como lo ha dicho ya esta Corporación, la autoridad implica la potestad del mando y el ejercerla por determinación de la ley sobre generalidad de las personas, y *autoridad política* la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las leyes. Ampliando más estos conceptos podría decirse que la *autoridad civil* es aquella que en el Estado tiene el poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos, ya para los fines puramente privados de su mutua convivencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo. La autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o de imperio que tienen su expresión más clara, característica y acentuada en el ejercicio del poder ejecutivo, sin que ello impida que en otros campos de la actividad estatal haya también funcionarios que queden envueltos dentro de la órbita de lo que se conoce como autoridad civil. (Sentencia de junio 7 de 1989. Actor: Eduardo López López. Consejero Ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Exp. E-0292).

En auto del 31 de mayo de 1990. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Actor: Jesús Alberto Jaramillo. Exp. 0366, esta Sala puntualizó:

1. Esta Corporación ha dicho, de manera reiterada, que la *jurisdicción* en sentido estricto, es la facultad de administrar justicia, el poder o la facultad de decir el derecho y de proveer a la tutela y realización en los casos concretos sometidos a la decisión de las personas u organismos competentes, y...

El artículo 40 del Acuerdo número 074 de 1987, señala las funciones generales que debe cumplir el Secretario de Hacienda de Girardot así:

1. Formular las políticas que en materia fiscal se consideren más convenientes para el Municipio, dentro del marco que las normas y disposiciones legales le permitan.
2. Preparar el proyecto de presupuesto anual de ingresos y gastos, en colaboración con las demás secretarías y con el Departamento de Planeación Municipal.
3. Controlar la ejecución presupuestal y presentar los correspondientes informes al Alcalde, y al Concejo Municipal.
4. Registrar y controlar las operaciones financieras, elaborando los balances y demás informes con la oportunidad requerida.

5. Administrar y aforar los impuestos municipales y demás rentas.
6. Estudiar en coordinación con el Departamento de Planeación Municipal las necesidades de financiación y proponer la obtención de créditos públicos cuando se considere del caso.
7. Desarrollar las acciones necesarias para el correcto y oportuno recaudo de las rentas y demás ingresos municipales.
8. Efectuar la adquisición, almacenamiento y mantenimiento de los equipos, materiales, muebles, útiles y demás elementos que requiera la Administración Municipal.
9. Mantener actualizado el inventario de los bienes del Municipio, al igual que la relación de su ubicación y estado.
10. Organizar y llevar adecuadamente el registro de proveedores conforme a las normas vigentes.

Las funciones transcritas no confieren poder alguno que permita a quien las ejerce, tomar previsiones o impartir órdenes, cuyo cumplimiento sea ineludible por parte de los ciudadanos. El análisis de cada una de ellas, pone en evidencia que quien las desarrolla adquiere la categoría de coordinador (numerales 6º y 8º), colaborador (numeral 2), supervisor (numerales 3, 4 y 5), promotor (numerales 1 y 7) y organizador de actividades relacionadas con aspectos contables (numerales 9 y 10), pero en manera alguna otorga facultad para ejercer algún tipo de autoridad civil.

2. En relación con el ejercicio de jurisdicción coactiva, basta observar que solo están investidos de ella, los funcionarios a quienes la ley les ha dado ese carácter, condición que en el nivel municipal ostenta el alcalde y eventualmente el tesorero, cuando lo recibe por delegación del primero (artículo 5-5, L.49-87), luego, no es acertado sostener, como lo hizo el representante de la Procuraduría en la primera instancia, que el cargo de Secretario de Hacienda “genera (sic) jurisdicción coactiva”.

3. Ahora bien, si el doctor Ramiro Alfonso Quimbaya Monje, no ejerció jurisdicción ni autoridad civil, en el tiempo durante el cual se desempeñó como Secretario de Hacienda de la localidad de Girardot, bien podía sin quedar inhabilitado permanecer vinculado a la administración municipal, como en efecto permaneció, hasta el 30 de noviembre de 1991, toda vez, que entre esta fecha y la de su elección como Alcalde de Flandes, el 8 de marzo de 1992, transcurrieron más de los tres meses señalados en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, tal como quedó modificado por el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987.

SECCIONQUINTA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 14 de septiembre de 1992.

Copíese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Nota de relatoría. Esta providencia además reitera la jurisprudencia sentada en las sentencias de 7 de junio de 1989, Actor: Eduardo López López, Consejero ponente: doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Exp. No. 0292 y el auto de 31 de mayo de 1990, Actor: Jesús Alberto Jaramillo, Consejero ponente: doctor Miguel González Rodríguez. Exp. No. 0366, ambas providencias sobre autoridad civil.

ALCALDE - Inhabilidades / AUTORIDAD CIVIL - Inexistencia

No se allegó al proceso prueba eficiente que hiciera constar las funciones del cargo de jefe de Desarrollo Municipal, para poder derivar de su contenido la potestad de ordenar, dirigir e imponer que conlleva el ejercicio de autoridad civil.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 10 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número 0830.

Actora: Gladys Pérez de Espinosa.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia proferida el 30 de julio de 1992 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

1. La demanda

En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en nombre propio, la señora Gladys Pérez de Espinosa demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad del acto de declaratoria de elección del señor Fredy Salcedo como Alcalde del Municipio de Ginebra, Valle, para el período 1992-1994.

Solicitó también que se notifique “...de tal hecho al señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, con el objeto de que se proceda a la realización de nuevas elecciones y a la designación de un alcalde encargado, dando así cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1001 de 1988” (fl. 10 vto.).

SECCION QUINTA

Alega el demandante que el acto impugnado transgredió el artículo 5º, literal e) de la Ley 78 de 1986, subrogado por el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, porque dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, el señor Fredy Salcedo desempeñó cargo oficial que conlleva ejercicio de autoridad civil, y ello constituye causal de inhabilidad suficiente para anular el acto que declaró su elección al tenor del numeral 5º del artículo 223 del C.C.A.

Con la demanda presentó escrito solicitando la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue denegada por el Tribunal en providencia de 9 de abril de 1992.

II. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por medio de apoderado el señor Fredy Salcedo contestó el libelo demandatorio en escrito visible de folios 56 a 72, oponiéndose a las pretensiones, afirmando que la inhabilidad endilgada a su representante es una suposición de la actora, dado que el artículo 5º, literal e) de la Ley 78 de 1986, subrogado por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987 establece tres situaciones distintas que implican inhabilidad para ser elegido alcalde municipal, dos de las cuales se refieren a funcionarios públicos y una a contratistas. Que las atinentes a funcionarios públicos se tipifican, por una parte, cuando una persona dentro de los seis meses anteriores ha desempeñado cargo público que conlleve ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política o militar. Y por la otra parte, cuando la persona se ha desempeñado como empleado oficial en el lapso de tres meses anteriores a la elección.

Que no es cierto que por la mera denominación o nivel salarial del empleo que desempeñó Fredy Salcedo haya éste ejercido jurisdicción o autoridad civil como pretende la demandante, puesto que dicha autoridad se tiene en virtud de las funciones propias del cargo. Que su mandante renunció a la posición que ocupaba como Jefe de Desarrollo Municipal con más de tres meses de anticipación a la fecha de la elección de alcalde para el período 1992-1994.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, oídas las alegaciones de la parte actora y del Agente del Ministerio Público, en providencia dictada el 30 de julio de 1992 declaró la nulidad del acto de elección del señor Freddy Salcedo como Alcalde Municipal de Ginebra y ordenó la correspondiente comunicación al Gobernador del Departamento para los efectos indicados en los artículos 19 de la Ley 78 de 1986 y 8º de la Ley 49 de 1987.

Para adoptar su decisión adujo el Tribunal que el alcalde es la primera autoridad municipal, pero que para el desarrollo de la administración debe revestir de autoridad a otros funcionarios que por su categoría son los encargados de desarrollar los planes y proyectos.

Con fundamento en las pruebas allegadas al proceso analizó el cargo el Jefe de Desarrollo Municipal para establecer si conlleva ejercicio de autoridad civil. Estimó que conforme al organigrama de estructuración municipal de Ginebra en el cual se observa que la Promotora de Acción Comunal depende directamente de la Sección de Desarrollo, el Acuerdo número 006 de noviembre de 1990 que demuestra un vínculo de dependencia entre sí de los cargos de Jefe de Desarrollo Municipal y promotor comunal, la certificación del alcalde saliente de Ginebra en el sentido de que el cargo de Jefe de Desarrollo Municipal no implica el ejercicio de autoridad con lo cual no está de acuerdo el Tribunal porque considera que necesariamente el cargo en mención debe tener autoridad para el desempeño del mismo y el cumplimiento de los objetivos encomendados a su dependencia, el Decreto 1930 de 1989 que señala las finalidades y principios de las Juntas de Acción Comunal, y el "Acuerdo 035 de 1990", todo lo cual pone de presente la influencia directa del Jefe de Desarrollo Municipal hacia la comunidad, llega el *a quo* a la conclusión de que "...el señor Fredy Salcedo se hallaba incurso en la inhabilidad por haber ejercido un cargo con autoridad civil, que le daba mayor ventaja sobre los demás candidatos" (fl. 186).

IV. EL RECURSO DE APELACION

La parte demandada disiente de la sentencia porque considera que la actora no aportó al proceso prueba alguna que demuestre que el cargo ejercido por su mandante hasta el 5 de diciembre de 1991, es de aquellos que tienen jurisdicción o autoridad civil, política o militar. Y porque los documentos que adjuntó y que no demuestran la supuesta inhabilidad, tampoco pueden ser tenidos como pruebas porque se allegaron en el término de alegato de conclusión y por lo mismo no fueron materia de controversia procesal.

Manifiesta que no se puede generalizar en el sentido de que en todos los municipios hay diversos cargos con autoridad civil como lo expresa el Tribunal, pues cada uno se organiza de acuerdo a sus necesidades y "...en el caso del Municipio de Ginebra el Nivel de Dirección está compuesto por el Alcalde Municipal, el Jefe de la Oficina de Planeación y el Secretario General, tal como consta en el Organigrama que se presentó como prueba". Aduce que la circunstancia de que la Promotora de Acción Comunal dependa de la sección

SECCIONQUINTA

de Desarrollo Municipal no implica ejercicio de autoridad civil, política o administrativa y señala que aceptar este argumento es como aceptar "...que todos los funcionarios públicos la tienen y por lo tanto el período de inhabilidad es de seis (6) meses y no opera el de tres (3) meses..." (fl. 192).

Anota que el Jefe de la Sección de Desarrollo Municipal no tiene relación directa con la comunidad, como sí la tiene el Promotor de Acción Comunal y de consiguiente el inhabilitado sería este funcionario y no su representado.

Advierte que en la Administración Municipal de Ginebra existen dos niveles básicos como son el de Dirección y el de Ejecución y de acuerdo con el organigrama el cargo que desempeñaba Fredy Salcedo corresponde al nivel de Ejecución. Insiste en que una cosa son las facultades de los funcionarios que la ley asigna a las Juntas de Acción Comunal, que son ejercidas de manera directa por ellas sin subordinación a la voluntad de la administración. Con base en lo anterior solicita que sea revocada la sentencia apelada.

En la oportunidad para alegar en la segunda instancia, el apoderado del demandado presentó escrito en el cual reitera sus argumentos expuestos al contestar la demanda relativos a la autoridad civil o política cuyas características, dice, se reflejan en la potestad de mando, facultad nominadora y removedora, capacidad de ordenamiento y de manejo de los recursos. Y reafirma que en este proceso no se demostró en legal forma la calidad de autoridad civil o política del señor Fredy Salcedo en el ejercicio del cargo de Jefe de Desarrollo Municipal de Ginebra.

V. EL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.

Transcribe apartes de jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado respecto de lo que se entiende por autoridad civil. Señala que en el proceso no aparecen establecidas las funciones del cargo de Jefe de Desarrollo Municipal de Ginebra ni los objetivos de esa dependencia que permitan deducir nítidamente el ejercicio de la autoridad civil, ni puede inferirse de la relación entre dicho cargo la influencia que a través de él se pueda ejercer hacia la comunidad, hecho que tampoco está comprobado.

CONSIDERACIONES

Ala luz de este criterio jurisprudencial corresponde en seguida examinar la actividad del cargo de Jefe de Desarrollo Municipal de Ginebra que ocupó el señor Fredy Salcedo dentro de los seis meses anteriores al 8 de marzo de 1992, fecha de su elección como Alcalde, en aras de establecer si efectivamente, como lo afirma la actora, el demandado ejerció autoridad civil, y por tal razón se hallaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, subrogado por el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987.

Al detallar las pruebas allegadas a los autos con la mira de acreditar el hecho endilgado, contrariamente a lo que asegura el Tribunal, ninguna de ellas contribuye a su demostración, esto es, que Fredy Salcedo ejerció autoridad civil cuando se desempeñó en calidad de Jefe de Desarrollo Municipal de Ginebra, Valle.

En efecto, con la demanda, además de los actos de elección correspondientes y del acuerdo 015 de diciembre 5 de 1991 por el cual se acepta la renuncia a Fredy Salcedo del cargo en mención, la actora se limitó a aportar copia del acuerdo número 13, de noviembre de 1991 referente a la asignación, viáticos ocasionales y gastos de transporte de los empleados del municipio de Ginebra, que da evidencia solamente de que el empleo de Jefe de Desarrollo Municipal es de primera categoría (fl. 5), y el acuerdo número 14, de noviembre de 1992, relativo al presupuesto de asignaciones civiles y planta de personal del Municipio de Ginebra para la vigencia fiscal de 1992 (fl. 7). Como otros medios de prueba, solicitó que mediante oficio a la alcaldía de Ginebra fuera remitido al proceso el “Manual de Funciones correspondiente al cargo de Alcalde Municipal” y el acuerdo o resolución que establecen dichas funciones, pruebas que en oportunidad fueron decretadas.

El demandado por su parte, acompañó los siguientes documentos:

a) Copia del escrito de 28 de abril de 1992, que obra al folio 27, mediante el cual solicita al Alcalde de Ginebra que certifique, entre otras cosas, “...qué tipo de funciones desempeña en la Administración Municipal el Jefe de Desarrollo Municipal y cómo se define de acuerdo a su ubicación en la Organización del Municipio. Tiene éste jurisdicción y Autoridad Civil o Política?”.

b) La certificación del Alcalde de Ginebra de fecha 5 de mayo de 1992, quien manifiesta que “...las funciones que desempeña en la Administración Municipal el Jefe de Desarrollo Municipal se definen de acuerdo a su ubicación en la Organización del Municipio y corresponde al nivel de ejecución... El Jefe

SECCIONQUINTA

de Desarrollo Municipal dentro de la organización de la Administración Municipal de Ginebra, no tiene capacidad ni funciones de ordenador del gasto ni nominador, así como tampoco ejerce autoridad hacia la comunidad" (fls. 28 y 29);

c) Distintas resoluciones ordenatorias de gastos expedidas por el Alcalde y suscritas por él, el Secretario, el Personero y el Tesorero del Municipio de Ginebra (fls. 30 a 33);

d) El Decreto 0023 de noviembre 3 de 1983 expedido por el alcalde mediante el cual nombra al Promotor Comunal (fl. 34);

e) El Organigrama del Municipio de Ginebra en el cual se observan ubicadas en el nivel de ejecución la Sección de Desarrollo Municipal y dependiente de esta oficina, la Promotora de Acción Comunal (fl. 42).

Deduces de la documentación referenciada, que respecto a la causal de inhabilidad en examen no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, fundamentalmente porque no se allegó al proceso prueba eficiente que hiciera constar las funciones del cargo de Jefe de Desarrollo Municipal de Ginebra, para poder derivar de su contenido la potestad de ordenar, dirigir e imponer, que conlleva el ejercicio de autoridad civil.

No puede la Sala estar de acuerdo con el raciocinio del Tribunal expresado en la providencia recurrida, que se prestaría al absurdo de considerar la nulidad de una elección tan solo por una supuesta influencia a la comunidad, deducida de la dependencia administrativa de la Promotora de Acción Comunal con la Jefatura de Desarrollo Municipal.

Las anteriores razones son suficientes para descartar la causal de inhabilidad alegada para los efectos que pretende la demandante Gladys Pérez de Espinosa y en consecuencia, habrá de revocarse la sentencia apelada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de fecha 30 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que fue objeto de esta apelación. En su lugar dispónese que no prosperan las súplicas de la demanda.

En firme esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

RECLAMACION ELECTORAL - Causales / ERROR ARITMETICO

En términos de los artículos 122 y 192 del Código Electoral actualmente vigente, el error aritmético constituye causal de reclamación y ésta, según sea el caso, es resuelta por las comisiones escrutadoras. Si estos funcionarios encontraran fundadas las reclamaciones relacionadas con el error en comento, deben decretar la corrección correspondiente, quedando así agotada la respectiva instancia, ya que el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, al modificar el 223 del C.C.A., suprimió de entre sus causales de nulidad, las reclamaciones; sin embargo ello no constituyó obstáculo para que el actor presentara, dentro de los cargos de su demanda, varios hechos constitutivos de la causal de reclamación que se viene comentando.

RECLAMACION ELECTORAL - Causales / PLIEGO ELECTORAL - Extemporaneidad / NULIDAD ELECTORAL/TAXATIVIDAD/ANALOGIA - Improcedencia

El artículo 42-7 de la Ley 96-85, citado como disposición violada en la demanda, incluida dentro de las causales de reclamación el hecho de que los pliegos electorales fueran introducidos extemporáneamente al arca triclave, el texto de dicha norma corresponde al artículo 192 del Decreto 2241-86 (C.E.) cuyo numeral 7º fue modificado por el artículo 15 de la Ley 62/88, erigiendo en motivo de reclamación el hecho de que los pliegos electorales se hubieren recibido extemporáneamente -salvo que la demora obedeciera a las circunstancias señaladas en la misma norma- y fue este motivo, y no el aducido por el actor, el que tuvo en cuenta el Tribunal para analizar el retardo alegado en la demanda.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 10 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número 0834.

Actor: D'Yamil Antonio Bedoya Córdoba.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente (fls. 128-130), por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, el 16 de septiembre de 1992 (fls. 105-126 cdno. ppal).

ANTECEDENTES

La demanda y sus fundamentos:

1. En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en su propio nombre, el abogado D'Yamil Antonio Bedoya Córdoba, demandó del Tribunal Administrativo del Chocó, las siguientes declaraciones:

1.1 La nulidad de las Resoluciones 001, 002 y 003, del 16 y 17 de marzo de 1992, mediante las cuales se resolvieron reclamaciones relacionadas con la elección de concejales y recursos de apelación, interpuestos durante los escrutinios generales de las elecciones del 8 de marzo de 1992, en la circunscripción electoral del Municipio de Quibdó.

1.2 La nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de concejales de Quibdó, para el período 1992 a 1994 y a su vez ordenó la expedición y entrega de credenciales a los elegidos.

1.3. La nulidad de los registros, o de las actas de escrutinio de los jurados de votación, o, de cualquier otra corporación, que se hubieren computado durante el proceso de los escrutinios municipales, con violación del sistema electoral, determinado en la Constitución Política y en las leyes de la República.

1.4 Como consecuencia, solicitó la práctica de un nuevo escrutinio con base en el cual se haría la correspondiente declaración de elección de concejales municipales de Quibdó y se expedirían nuevas credenciales a quienes resultaren elegidos.

2. El actor considera que los actos impugnados son violatorios de los artículos 223-2-3 del C.C.A. y 42-7 de la Ley 96 de 1985, deduciendo varios cargos que la Sala seguidamente resume.

SECCIONQUINTA

2.1. Sostiene el demandante que los miembros de la comisión escrutadora municipal no resolvieron las reclamaciones ni los recursos de apelación interpuestos contra sus decisiones, limitándose a manifestar que conforme a lo dispuesto en el artículo 193 del Código Electoral, los Delegados del Consejo Nacional Electoral, las resolverían. Agrega, que la elección de concejales se realizó en forma privada y sin que se hubiera notificado en estrados, toda vez, que el resultado se conoció el 16 de marzo de 1992, a las 7:30 p.m.

2.2. A juicio del actor, el cómputo de votos, las actas de escrutinio, los registros y pliegos electorales, como el acto demandado, están viciados por graves violaciones del sistema electoral determinado en la Constitución Política y en las leyes de la República, pues durante el escrutinio se computaron actas y pliegos afectados de nulidad, se incurrió en error aritmético y se adulteraron los formularios E-24 y E-28, en detrimento del contenido del formulario E-17.

2.3. El cómputo final de votos, obtenido por los candidatos al Concejo de Quibdó, contenido en el acta parcial de escrutinio (F.E-28), no coincide con el número de sufragios registrado en el formulario E-17, tal es el caso de los Concejales Aristarco Martínez Palacios (No. 09), Manuel J. Córdoba Palacios (No. 29), Eduardo Henry Salas (No. 34) y Armando Palacios Arango (No. 16), a quien dicho sea de paso, se le dejaron de computar 4 votos, que fueron encontrados después de recontar los sufragios depositados en la mesa No. 1 de Quibdó -cabecera-.

2.4. La sumatoria de los votos, leída en los escrutinios parcialmente públicos, no concuerdan con los datos pregonados por los delegados del Consejo Nacional Electoral y como ejemplo, señala los siguientes casos:

Resultado de los escrutinios Datos adulterados por 2
municipales, funcionarios de la Registraduría

-formularios E-24 y E-28.

Nos.	nombre	Votos F.E.-17	Votos F.E.-24.
16	Armando Palacios Arango	347	343
29	Manuel José Córdoba	345	346
34	Eduardo Henry Salas	361	340

2.5. Existió fraude y adulteración en los escrutinios municipales, al punto de que las actas aparecen firmadas el 10 de marzo de 1992 a las 11:50 a. m. pero la realidad es que desde esa fecha y hasta el 13 siguiente,

en forma secreta y sospechosa, funcionarios de la Registraduría redactaron actas y formularios que solo vinieron a ser firmados por los miembros de la comisión escrutadora municipal, el 13 de marzo de 1992, a las 10:00 p.m.

2.6. Los pliegos electorales correspondientes al Municipio de Quibdó, llegaron a la urna triclave el 14 de marzo a las 12 m., por requerimiento de los delegados departamentales. Así mismo llegaron en forma extemporánea los correspondientes a los corregimientos de Boca de Bebará, Beté, Jitradó, el Fuerte de Naurita, el Tambo, Guarandó y San Roque y a pesar de las reclamaciones de los testigos electorales y de los candidatos, la comisión escrutadora municipal se abstuvo de contar, uno por uno los votos y escrutó los pliegos afectados de fraude electoral.

2.7. Sin justificación, en el corregimiento de San Roque, se sufragó hasta las 6 p.m. del día 8 de marzo de 1992 y hecha la reclamación correspondiente, la comisión escrutadora municipal, en lugar de abstenerse, como era su deber, realizó el cómputo.

2.8. Desapareció la Resolución número 05 de marzo de 1992, por medio de la cual, se resolvió la reclamación de los candidatos Eduardo Henry Salas y Armando Palacios Arango, quienes solicitaron nuevo recuento de votos, mediante el cotejo de los formularios E-24 y E-28.

2.9. Al escutar la mesa número 38 de Quibdó, se presentó una disparidad aritmética, pues en los registros figuraban 187 sufragios y al realizar el conteo aparecen 193.

2.10. En más de 35 mesas de votación, se registraron errores aritméticos, los que al detectarse y registrarse en el acta general de escrutinios municipales, fueron anotados en forma adulterada en los formularios E-24 y E-28, favoreciendo a candidatos perdedores y perjudicando a los triunfadores.

2.11. Del cotejo del formulario E-24, se desprende, por deducción lógica, que no fue llevado por un funcionario idóneo, sino por varios falsificadores del contenido de la realidad electoral.

2.12. Los anteriores hechos, dice el demandante, revelan la existencia de errores aritméticos en las actas y como no hubo recuento de votos, deben ser examinados, uno a uno, los sufragios depositados a favor de los concejales municipales (listas 1 a 57), en todas las mesas que funcionaron en el municipio de Quibdó. Conocido así el número exacto, se hará la corrección correspondiente.

SECCIONQUINTA

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al Tribunal Administrativo del Chocó, decretó la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de concejales del municipio de Quibdó, para el período 1992-1994 y para ello tuvo en cuenta los siguientes aspectos:

Observó que el resultado parcial de los escrutinios de votos para el Concejo de Quibdó, registrado en el formulario visible a folios 14, 15 y 16, se identificaba con el resultado consignado en el formulario E-24, visible al folio 64, pese a lo cual decidió realizar un nuevo cómputo, para cuyo efecto tomó los originales de los E-24, que obran a folios 81 a 88. El nuevo cómputo mostró diferencias entre las cifras del acta parcial de escrutinio (fls. 14 a 16) y las consignadas en los originales del E-24 (fls. 81 a 88), esta disparidad condujo al fallador de primer grado a concluir que: "...la nulidad solicitada por el demandante debe prosperar, obligándose el Tribunal a practicar nuevo escrutinio...".

En forma que parece contradecir la referida conclusión, el Tribunal del Chocó, calificó de no confiables las cifras de los originales E-24, las mismas que utilizó para efectuar el nuevo escrutinio; la falta de confiabilidad proviene, según el *a quo* de los borrones y de la "...numeración hecha con bolígrafo y al lado escritura en lápiz con cifras diferentes..." que aparecen en los referidos documentos. Esta circunstancia, dijo, imponía la necesidad de decretar la nulidad solicitada, "...de conformidad con el artículo 233 del C.C.A....".

A fin de determinar si existía desacuerdo entre el resultado final y el resultado conocido hasta cuando el escrutinio se desarrolló públicamente, el *a quo* comparó los formularios E-17, E-24 y E-28, habiendo encontrado disparidad en los datos relacionados con el número de votos obtenido por los Concejales Armando Palacios, Aristarco Martínez, Manuel Córdoba y Eduardo Salas, razón por la cual, ratificó su decisión de acceder a las pretensiones de la demanda, observando, como en el caso anterior, que los datos consignados en el original E-17, no eran confiables, pues las cifras en él contenidas, aparecían con borrones y estaban escritas de manera ilegible.

El Tribunal sostuvo que, aún cuando la extemporaneidad alegada por el actor no constituye causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación ni de otra corporación electoral, debía remitirse a la Resolución número 110 del 17 de enero de 1992, mediante la cual se determinó la fecha y hora en las que debían entregarse los registros, y así comprobó que al delegado de la Registraduría Nacional de Estado Civil se le entregaron,

extemporáneamente, los registros correspondientes a los corregimientos de Boca de Bebará, Beté, Jitradó, Guarandó y San Roque y, extemporáneamente, los correspondientes a los corregimientos de Fuerte de Naurita y El Tambo.

Ya que no constituye causal de nulidad sino de reclamación, el Tribunal se abstuvo de considerar el hecho alegado por el actor, según el cual en el corregimiento de San Roque, la votación se extendió hasta la 6 p.m.

En relación con la desaparición de la Resolución número 05, por medio de la cual, en decir del actor, se resolvió la reclamación de los candidatos Eduardo Henry Salas y Armando Palacios Arango, el *a quo* se limitó a transcribir la parte pertinente del oficio suscrito por la Registradora Especial de Quibdó, en el que afirma que ni la Registraduría ni la comisión escrutadora municipal la expidieron.

EL RECURSO DE APELACION

1. La parte demandada estima contradictoria la determinación del Tribunal cuando, de una parte, se abstiene de considerar como causales de nulidad, algunas reclamaciones que hizo el actor en la etapa del escrutinio, pero de otra, admite que hechos como los errores aritméticos, borrones, tachaduras y discordias, que se dieron en uno y otro formulario, contribuyeron a ratificar la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda.

A juicio del recurrente, en este caso el error aritmético -parcial- se presentó al sumar los votos y el Tribunal lo detectó cuando confrontó los formularios E-24 y E-28; dicho error constitutivo de causal de reclamación, no tenía la virtualidad de anular todos los escrutinios, pues él podía subsanarse con una sencilla corrección.

Considera el apelante, a diferencia del Tribunal, que en el expediente no aparece plenamente demostrada la desfiguración de la verdad electoral, ni ocultamiento o simulación alguno del resultado, con el propósito de defraudarla, agrega que los borrones, tachaduras y enmendaduras no constituyen por sí solas causales de nulidad.

2. Impugna la decisión de ordenar la práctica de nuevo escrutinio, pues considera que las causales invocadas por el *a quo* son de reclamación ante la comisión escrutadora municipal y ante los delegados del Consejo Nacional Electoral.

SECCION QUINTA

Con fundamento en lo expuesto, el recurrente solicita la revocatoria de la sentencia y la confirmación de los escrutinios municipales y departamentales, realizados por las respectivas comisiones, o en subsidio, que una vez hechas las correspondientes correcciones aritméticas, se les ratifique su calidad de concejales, descartando nuevos escrutinios.

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Después de analizar uno a uno los cargos de la demanda, la señora Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, solicita la revocatoria de la sentencia apelada y que en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, pues en su opinión, los supuestos fácticos que estructuran los cargos imputados, no constituyen causales de nulidad.

Cumplido el trámite previsto en el artículo 251 del C.C.A. y sin que se observe causal que anule lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Aún cuando oportunamente presentada, la demanda adolece de vaguedad en la forma como fueron expuestos los hechos que sirvieron de fundamento a las súplicas, pues en lugar de agruparlos separadamente de acuerdo con la materia el actor se refiere indistintamente y como si todos fueran causales de nulidad, a errores aritméticos, cuya corrección reclama; adulteración en el contenido de los formularios E-24 y E-28, en detrimento del E-17, omisión en el recuento de votos, falta de publicidad en los escrutinios, etc. Por esta razón en un esfuerzo interpretativo, la Sala reagrupó de manera lógica y razonada el petitum y la causa petendi, encontrando que el actor invocó como causales de nulidad, las previstas en el artículo 223-2-3 del C.C.A., además adujo varias causales de reclamación y por último, algunos hechos que no constituyen nulidades ni motivos de reclamación y en este orden, la Sala acometerá la respectiva revisión, no sin antes hacer las siguientes acotaciones, en relación con los documentos electorales.

2. Para el caso a estudio, cabe precisar que algunos documentos electorales están contenidos en formas preimpresas que facilitan y orientan el proceso eleccionario, tanto a los sufragantes, como a los funcionarios que tienen a su cargo la organización electoral del país y de sus entidades territoriales. Dentro de las formas o formularios aludidos están:

2.1. El registro de sufragantes (F.E-14) contentivo del listado de los ciudadanos inscritos para votar; este formulario es enviado por los funciona-

rios electorales a los respectivos Registradores del Estado Civil a fin de que establezcan si en las distintas zonas de su jurisdicción existe más de una inscripción (art. 80 C.E.), en veces el E-14 se incorpora al E-15.

2.2. El registro de votantes (F.E-15), es un formulario utilizado por el jurado de votación para consignar el nombre e identificación de los ciudadanos a quienes se les permite votar, previa verificación del número de su cédula en el listado de sufragantes (art. 114 C.E.).

2.3. El acta de escrutinio del jurado de votación (F.E-017), contiene la anotación de los votos depositados en favor de cada candidato, o lista, después de realizado el escrutinio en la respectiva mesa (art. 136 C.E.).

2.4. El formulario E-24, registra el total de votos depositados en las mesas de cada localidad y con base en esos datos, las comisiones escrutadoras municipal o auxiliar, llevan a cabo el escrutinio municipal o zonal (Cap. IV C.E.); este formulario es utilizado como ayuda o borrador para diligenciar el E-28, ello explica las enmendaduras y borrones que aparecen en la mayoría de ellos.

2.5. El formulario E-28 o acta parcial de escrutinios, contiene los resultados de los escrutinios distritales, municipales o zonales.

Las comisiones escrutadoras, por lo general, realizan el cómputo con base en las actas de los jurados de votación, por esta razón la sumatoria de las cifras registradas en los formularios E-17, debe coincidir con la que figure en el E-28, quiere ello decir, que para los efectos del escrutinio municipal poco importa el formulario E-24 y que éste presente cifras con enmendaduras, borrones o tachaduras, ya que al ser utilizado como borrador, permite que una primera escritura sea corregida o rectificadas antes de ser pasada al acta parcial de escrutinio (F.E-28).

3. El actor sostiene que los actos cuya nulidad demanda, son violatorios de los artículos 223-2-3 del C.C.A. y 42 de la Ley 96 de 1985. La primera de las disposiciones aludidas reza:

“Causales de nulidad.

Artículo 223. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, son nulas en los siguientes casos:

1...

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

SECCIONQUINTA

3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por los miembros de la corporación que las expiden”.

Fueron dos, las razones que tuvo en cuenta el *a quo* para determinar, que en este caso se estructuraba la causal de nulidad señalada en el numeral segundo de la norma transcrita. En efecto, la primera de ellas la hizo consistir en las diferencias que detectara en las cantidades registradas en los formularios E-28 y E-24, correspondientes a los votos depositados por los candidatos al Concejo de Quibdó, sin tomar en cuenta que el demandante adujo en su libelo adulteración de las cifras contenidas en el E-17. La segunda derivó del hecho según el cual, las cifras consignadas en el referido E-24, no eran confiables, dados los borrones y doble numeración, con escritura de bolígrafo y de lápiz que el Tribunal observara en algunas de ellas.

Sobre este particular, llama la atención que el documento visible al folio 64 no fue tomado en consideración por el Tribunal para realizar el cómputo y posterior cotejo entre los documentos E-24 y E-28, en razón de que aquél fue aportado en reproducción mecánica, sin embargo, el formulario desestimado, es idéntico al que envió como prueba a este proceso, la Registradora Especial de Quibdó (fls. 6-14, anexo número 1) y que a su vez coincide con el contenido del acta parcial de escrutinio, que obra a folios 14, 15, 16, 17 y 18.

Ahora bien, los cuadros estadísticos E-24 aportados en “original”, a los que el *a quo* sí les concedió poder demostrativo, no contienen los registros de los guarismos correspondientes a los corregimientos de Yuto 2 y Yuto 3, luego era inevitable que el cómputo realizado por el fallador de primera instancia mostrara desfases en una misma votación.

De otra parte, competía al actor precisar las mesas en las que se presentaron contrastes en el número de votos obtenido por los candidatos y registrados en los diferentes documentos electorales, como requisito indispensable para hacer el estudio, por no ser esa función de la Sala como reiteradamente ésta lo ha sostenido en variada jurisprudencia.

En relación con este mismo cargo y en cuanto hace a la afirmación del actor en el sentido de que la falta de coincidencia entre los datos contenidos en los formularios E-17, E-24 y E-28 se debió a la acción de dos funcionarios de la Registraduría Municipal de Quibdó, quienes -dijo- al pasar los cómputos del formulario E-24 al E-28 adulteraron el contenido que aparecía en el acta del jurado (F.E-17), no sobra anotar que la configuración de la causal prevista en el artículo 223-2 del C.C.A., dependía de la plena demostración del hecho

en que aquella se hizo consistir y este era, la adulteración de las cifras contenidas en el formulario E-17 y no la disparidad existente en las cifras registradas en los formularios borrador E-24 y E-28 ni las enmiendas, tachones y borraduras que el *a quo* observó en los datos consignados en el E-24.

Ahora bien, como en el expediente no aparece prueba idónea capaz de demostrar que efectivamente se alteró la realidad electoral, mediante el mecanismo de adulteración, no hay razón para dudar de que el número de votos registrado en el acta de escrutinio (F.E-28), elaborada por la comisión escrutadora municipal, refleja la sumatoria de los guarismos registrados en los correspondientes E-17.

En consecuencia, y contra lo que sostuvo el *a quo*, esta Sala encuentra que en el *sub judice*, no tomó forma la causal de nulidad señalada en el artículo 223-2 del C.C.A.

4. A lo largo del libelo, el actor afirma que en los escrutinios realizados en el municipio de Quibdó, se incurrió en errores aritméticos, exigiendo, por esta vía, su corrección, ello explica que en la demanda citara como norma violada la causal de reclamación prevista en el artículo 42-7 de la Ley 96 de 1985.

El precepto aludido refundió en uno solo los artículos 152 de la Ley 28-79 y 31 de la Ley 85-81, fijando en el Consejo Nacional Electoral y en sus Delegados la competencia para resolver las doce causales de reclamación señaladas en ese precepto, la séptima de las cuales, a la cual se referirá la Sala al analizar la extemporaneidad en la entrega de los documentos electorales, fue modificada por la Ley 62-88 (art. 15).

En términos de los artículos 122 y 192 del Código Electoral actualmente vigente, el mentado error aritmético constituye causal de reclamación y ésta, según sea el caso, es resuelta por las comisiones escrutadoras (art. 166 C.E.) o como quedó dicho por el Consejo Nacional Electoral o sus Delegados. Si estos funcionarios encontraran fundadas las reclamaciones relacionadas con el error en comento, deben decretar la corrección correspondiente, quedando así agotada la respectiva instancia, ya que el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, al modificar el 223 del C.C.A., suprimió, de entre sus causales de nulidad, las de reclamación; sin embargo ello no constituyó obstáculo para que el actor presentara, dentro de los cargos de su demanda, varios hechos constitutivos de la causal de reclamación que se viene comentando, entre las cuales están:

El que hizo consistir en las diferencias numéricas registradas en los formularios E-24, E-28 y E-17, en relación con los candidatos Armando

SECCION QUINTA

Palacios Arango, Aristarco Martínez Palacios, Manuel J. Córdoba Palacios y Eduardo Henry Salas.

La aseveración según la cual, la sumatoria de los votos leídos en los escrutinios parcialmente públicos, no concordó con los datos pregonados por los delegados del Consejo Nacional Electoral.

La afirmación en el sentido de que en más de 35 mesas de votación se registraron equivocaciones en los cómputos.

La Sala desestima los cargos referidos, ya que ellos, como causales de reclamación no tienen la virtualidad de anular los actos demandados.

Sostuvo el actor, que al realizarse el escrutinio en la mesa número 38, situada en Quibdó, se evidenció una disparidad aritmética, pues en los registros figuraban 187 sufragios y al realizar el recuento de votos aparecieron 193, este cargo también constituye error aritmético, error que fue corregido por la comisión escrutadora municipal, según lo observa el acta respectiva en los siguientes términos:

Mesa número 38. Hubo recuento para Concejo. Conforme los formatos E-17 y E-15, se registra un número de votantes igual a 187 pero realizado el conteo arroja un total de 193 sufragantes presentándose las siguientes modificaciones: Al candidato número 01 de 8 votos que registraba le quedaron 4; el número 02 de 7 votos le quedaron 6; el número 8 de 9 votos se le registraron 8; el número 37 de 6 votos le quedaron 4; el número 38 de 5 votos le aparecen 6; al número 51 quien tenía 1 voto le aparecen 2; el número 53 que registraba 1 voto le aparecen un total de 2" (fl. 21 cdno. ppal.).

5. Según dice el demandante, al formular la reclamación sobre la mesa número 1 de Quibdó -cabecera- y hecho el cotejo y recuento de sufragios, aparecieron 4 más, en favor del candidato número 16, Armando Palacios Arango, sin embargo, no le fueron computados por la comisión escrutadora municipal.

Revisada el acta general de escrutinios municipales de Quibdó -cabecera- (fls. 20 a 23 cdno. ppal.), se observa que ella no registró en la mesa número 1 la realización de recuento de votos, tampoco aparece constancia de que la comisión escrutadora, tal como afirma el actor, hubiere decidido que los delegados del Consejo Nacional Electoral, subsanarían ese supuesto error.

Ahora bien, para establecer el exceso de esos cuatro votos era necesario comparar las cifras de votantes consignadas en el respectivo registro (F. E-15) con el total de sufragios computados y consignados en el acta de escrutinio del jurado (F.E-17), cotejo imposible de realizar en este caso, en razón de que el formulario E-15 no fue aportado al proceso, como tampoco lo fueron los correspondientes E-17.

6. La extemporaneidad que el actor alega en su demanda, no tiene que ver con la entrega de los pliegos electorales, sino con la introducción de los mismos en el arca triclave.

El artículo 42-7 de la Ley 96-85, citado como disposición violada en la demanda, incluía dentro de las causales de reclamación el hecho de que los pliegos electorales fueran *introducidos extemporáneamente al arca triclave*, el texto de dicha norma corresponde al artículo 192 del Decreto 2241-86 (C.E.), cuyo numeral 7º fue modificado por el artículo 15 de la Ley 62-88, erigiendo en motivo de reclamación el hecho de que los pliegos electorales se hubieren *recibido extemporáneamente*, salvo que la demora obedeciera a las circunstancias señaladas en la misma norma y fue este motivo, y no el aducido por el actor, el que tuvo en cuenta el Tribunal para analizar el retardo alegado en la demanda.

En relación con el hecho que se viene comentando, en el proceso se estableció que los pliegos electorales correspondientes al municipio de Quibdó y a los corregimientos de Boca de Bebará, Beté, Jitradó, El Fuerte de Naurita, El Tambo, Guarandó y San Roche, se entregaron oportunamente, esto es, dentro del término que para ese efecto señaló la Resolución número 0110, expedida por el Registrador Nacional del Estado Civil, el 17 de enero de 1992 (anexo número 2, fl. 196) y los pliegos correspondientes a los corregimientos El Fuerte, El Tambo y Guarandó, se entregaron extemporáneamente; sin embargo, la comisión escrutadora justificó el retardo al tomar en consideración el hecho de que los ríos, únicas vías de comunicación en esos lugares, hacían imposible la navegación, dado sus escasos caudales, producto del intenso verano, reconocido como un hecho notorio en el país (fl. 28 cdno. ppal). Pero aun probada la entrega extemporánea de los documentos mencionados, no habría lugar a decretar la nulidad del acto demandado, pues al igual que el error aritmético, el hecho en comento, constituye causal de reclamación (art. 192-7 C.E.).

7. Preceptúa el artículo 223 del C.C.A.:

“Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

SECCIONQUINTA

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.
2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.
3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expidan.
4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.
5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.
6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición”.

Tal como lo observa la distinguida Procuradora Delegada, esta Sala ha venido señalando, que las causales de nulidad previstas en la norma transcrita son taxativas y ello quiere decir que no existen situaciones diferentes a las señaladas en dicha disposición capaces de configurarlas, como tampoco pueden aplicarse por extensión o analogía a casos que no estén contemplados en ella.

En este orden de ideas y como no constituyen causales de nulidad se desestiman en esta instancia los siguientes hechos expuestos por el actor, en su libelo demandatorio:

7.1. Que en el corregimiento de San Roque, las elecciones se extendieron hasta las 6 p.m. del día 8 de marzo de 1992. Este hecho carece de respaldo probatorio.

7.2. La desaparición de la Resolución número 05 de marzo de 1992, por medio de la cual se resolvió la reclamación del candidato Henry Salas.

Contra lo que en este aspecto afirma el actor, la Registradora Especial de Quibdó, puso de manifiesto que la comisión escrutadora municipal no había expedido dicho acto administrativo (fl. 1, anexo 1).

7.3. Que del simple cotejo del formulario E-24, se desprendería por deducción lógica que éste no fue diligenciado por un funcionario idóneo.

7.4. Que las actas de escrutinio aparecieron firmadas el 10 de marzo de 1992 a las 11:50 a.m., pero la realidad es que, desde esa fecha y hasta el 13 de marzo del mismo año, funcionarios de la Registraduría redactaron los formularios que solo vinieron a ser firmados por la comisión escrutadora municipal, el viernes 13 de marzo de 1992, a las 10 p.m. Este hecho tampoco fue probado.

8. El demandante aseguró que los miembros de la comisión escrutadora municipal se abstuvieron de acceder a lo pedido en las reclamaciones y no concedieron los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de ésta, limitándose a expresar, verbalmente, que conforme al artículo 193 del C. E. los delegados del Consejo Nacional Electoral las resolverían pese a lo cual, procedieron a efectuar la declaratoria de elección de concejales.

Al respecto se observa, que el actor no aportó, tal como dispone el artículo 177 del C.P.C. prueba alguna que demostrara tal afirmación, antes bien, las probanzas traídas al proceso indican que tales reclamaciones y recursos no fueron intentados oportunamente.

En efecto, mediante la Resolución número 001 del 16 de marzo de 1992, los delegados del Consejo Nacional Electoral desecharon, por improcedentes, las reclamaciones de los señores Elacio Murillo, Manuel Córdoba, Armando Palacios Arango, Eduardo Henry Salas, José Martín Marmolejo Lemus y Ricardo Eleazar Pandales Ruiz, considerando que tales reclamaciones no fueron tramitadas en primera instancia por las comisiones escrutadoras municipales, ya que los funcionarios que las integraban, concluyeron los escrutinios y los perfeccionaron con las respectivas declaratorias de elección, sin que hubiera concedido recurso de apelación alguno y sin que tampoco apareciera constancia de que éste hubiera sido interpuesto oportunamente; por esta razón, la delegación del Consejo Nacional Electoral concluyó, que no podía tramitar alzadas que no fueron interpuestas en tiempo, ni alterar o modificar los actos administrativos perfeccionados (fl. 39 cdno. ppal).

En opinión de la Sala, asistió la razón a los Delegados del Consejo Nacional Electoral, pues, desde el momento en que las comisiones escrutadoras declararon, como era su deber, la respectiva elección (art. 166 C.E.), surgió a la vida jurídica un acto administrativo, cuya presunción de legalidad no podía desconocer la primera de las corporaciones electorales mencionadas.

SECCION QUINTA

El actor incurre en contradicción al sostener que la declaratoria de elección de concejales se realizó en forma secreta "...ya que ésta no fue notificada en los estrados de la Registraduría Municipal..." y a renglón seguido agrega que el contenido del formulario E-28, hoja número 05 correspondiente a la declaratoria de elección, se conoció *públicamente* el 16 de marzo de 1992 a las 7:30 p.m. ante la mirada atónita y estupefacta de los *asistentes y candidatos reclamantes*, luego allí mismo y a la hora señalada los concurrentes, llámense asistentes, candidatos o reclamantes y aún los que no asistieron, quedaron enterados de la decisión de la comisión, pues la notificación en estrados no exige más formalidad (art. 325 C. de P. C.).

Lo discurrido antes, conduce a la Sala a concluir que el recurso de apelación está llamado a prosperar y en consecuencia, la sentencia de primer grado habrá de ser revocada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, el 16 de septiembre de 1992 y en su lugar se dispone:

Deniérganse las pretensiones de la demanda.

2. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amudo Gutiérrez Velásquez, Presidente. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

**SUBCONTRALOR DEPARTAMENTAL - Elección /
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Elección / ASAM-
BLEA DEPARTAMENTAL - Facultades / SUSPENSION
PROVISIONAL - Improcedencia**

La pretendida manifiesta violación de las normas constitucionales invocadas, no se presentó, pues para llegar a tal conclusión el a quo tuvo que confrontar y articular diversas disposiciones de la Carta, analizar con profundidad su contenido, establecer inferencias y deducciones y elaborar teorías. Es cierto que el artículo 272 de la C.N., en su inciso 4º, da facultad a las Asambleas para elegir los Contralores Departamentales, pero de la consagración de tal atribución no puede desprenderse de manera directa una expresa prohibición constitucional para que tales corporaciones elijan otro u otros funcionarios de las Contralorías Departamentales, y del cual pueda deducirse claramente manifiesta violación del inciso 2º de la norma. Y tal apreciación es tan evidente, que el a quo para hallar respuesta a sus planteamientos tuvo que acudir a otras decisiones constitucionales como los artículos 268-10, 121 y 300-11 con base en los cuales estructura sus argumentos, por vía de interpretación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 10 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0941.

Actor: Carlos Eleázar López Castro.

Se procede por la Sala a resolver de plano, conforme el inciso final del artículo 155 del C.C.A., el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto de fecha 18 de noviembre del año pasado proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto dicho proveído decretó "la

SECCION QUINTA

suspensión provisional de la elección de subcontralor del Departamento del Meta del ciudadano Agustín Hortúa Rodríguez realizada por la honorable Asamblea Departamental, según acta número 004 del 9 de octubre de 1992 y probada en la Sesión Plenaria del 14 del mismo mes y año”.

ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Eleázar López Castro en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, demandó en nombre propio ante el Tribunal Administrativo del Meta, la nulidad de la elección del señor Agustín Hortúa Rodríguez como Subcontralor del Departamento del Meta.

Dentro del cuerpo del mismo libelo solicitó, como petición especial, la suspensión de los efectos del acto acusado por ser éste ostensiblemente violatorio de los artículos 272, 268-10, 300-11 y 121 de la C.N.; normas que en doble columna procede a comparar con aquél, el procedimiento utilizado para la elección del sub Contralor y distintos comentarios sobre interpretación de las disposiciones constitucionales, de lo cual deduce la manifiesta infracción de ésta por no estar autorizadas las Asambleas, “expresa o explícitamente para elegir personal distinto al de Contralor, en las Contralorías”.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

En providencia del 18 de noviembre del año pasado, el Tribunal admitió la demanda, y accedió a la petición especial decretando la suspensión provisional de la elección del funcionario, al hallar manifiesta contradicción entre el acto de elección del Subcontralor del ..., realizado por la Asamblea y “las normas constitucionales que todos debemos obedecer”.

Para llegar a tal conclusión el *a quo* se fundamentó particularmente en los artículos 272 y 268, numeral 10, de la Constitución Nacional que, en su concepto, otorgan a los Contralores Departamentales la función de proveer los empleos de las entidades que dirigen, deducción a la que dice llegar “obedeciendo disposiciones constitucionales al colocar las atribuciones del Contralor de la Nación en su símil a nivel departamental”.

Sostiene que el cargo de Sub Contralor “según la literalidad de su propia denominación”, no es más que un cargo subsidiario y dependiente de la Contraloría, por lo que “aplicando las inferencias ya efectuadas, debe ser provisto por el funcionario superior de ese órgano de control, el Contralor”.

EL RECURSO

Dentro del término legal, el señor Gobernador del Meta, mediante apoderado debidamente constituido, interpuso recurso de apelación “contra el auto de suspensión provisional”, discrepando de los fundamentos jurídicos del mismo al considerar que el numeral 10 del artículo 268, cuya parte pertinente transcribe, requiere de la expedición de una ley que reglamente y señale los cargos de nivel directivo no amparados con la carrera administrativa que se crea. Que mientras tal normatividad no sea expedida no se puede hablar de “aquello que la ley aún no ha reglamentado”.

Sostiene, además, que el artículo 272 de la Carta otorga a las Asambleas facultad para organizar las contralorías, que fue precisamente lo realizado por la del meta al expedir la Ordenanza 003 de 1984, aún vigente y cobijada con la presunción de legalidad. Estima que para llegar a una conclusión contraria respecto a la vigencia de la Ordenanza, es preciso efectuar un profundo análisis jurídico, reservado al fallador en su decisión de fondo, y que “la expresión organizar la Contraloría, es de suyo tan amplia que requiere una interpretación y análisis para fijar sus limitaciones”.

Transcribe, por último, una jurisprudencia del honorable Consejo de Estado de fecha 14 de marzo de 1972, en la que se analiza el alcance de la expresión “organización de la entidad a cuyo cargo está la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración Departamental”, para concluir que la elección de Subcontralor del Meta está ajustada a las prescripciones contenidas en el inciso 3º del artículo 272 de la Constitución Nacional.

PRUEBAS

Con la demanda fueron acompañados, en fotocopia auténtica el acto acusado, Acuerdo número 004 del 9 de octubre de 1992 de la Asamblea Departamental del Meta, una certificación del Presidente y Secretario de la misma Corporación, fechada en octubre 30 del mismo año sobre inclusión en el orden del día de la elección de Subcontralor.

Con la contestación de la demanda presentada al Tribunal en noviembre 26 de 1992, se acompañó, como prueba, fotocopia auténtica de la Ordenanza 003 de 1984, por la cual, entre otras disposiciones, se crea el cargo de Subcontralor Departamental en la Contraloría General del Meta, se determina a quien corresponde proveerlo y se le asignan funciones.

SECCIONQUINTA

CONSIDERACIONES

El inciso final del artículo 230 del C.C.A., modificado por el artículo 66 de la Ley 96 de 1985, estableció la procedencia de la suspensión provisional en los procesos electorales que la Constitución Nacional en su artículo 238, determinó para ser aplicado en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Pero para que tal medida cautelar pudiera tener operancia, la rodeó de ciertos requisitos sin cuya concurrencia no es factible decretarla. Tales son los que de manera expresa consagra el artículo 152 del C.C.A., subrogado por el 31 del Decreto 2304 de 1989, cuyo contenido es el siguiente:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

Conforme a la norma antes transcrita es requisito indispensable para que pueda prosperar la suspensión, que el acto administrativo cuya nulidad se impetra infrinja de manera directa y manifiesta una norma superior, en forma tal que la violación resulte de una confrontación objetiva, sin intermediación interpretativa, a través de una sencilla comparación, o del estudio de los documentos públicos aducidos con la solicitud, y no de un análisis jurídico y/o probatorio que desvirtúe la esencia, espíritu y contenido del artículo 152 del C.C.A.

En el caso *sub examine*, la Sala encuentra, pese a lo expresado por el actor en su libelo de demanda y por el Tribunal de instancia en su providencia, que la pretendida manifiesta violación de las normas constitucionales invocadas, no se presentó, pues para llegar a tal conclusión el *a quo* tuvo que confrontar y articular diversas disposiciones de la Carta, analizar con profundidad su contenido, establecer inferencias y deducciones y elaborar teorías.

En efecto, el Tribunal encuentra que “al conjurar los textos” de los artículos 272 y 268 numeral 10, de la C. N. “con el ajuste razonado y lógico del precepto superior”, el Contralor Departamental “debe efectuar en su ámbito de autoridad las mismas atribuciones que dentro de su competencia desempeña el Contralor General de la Nación”, por lo que considera que siendo una de las funciones de éste la de proveer los empleos de su entidad, de la misma manera debe hacerlo el Contralor Departamental, respecto de sus subalternos, uno de los cuales es el Sub Contralor.

Fácilmente salta a la vista que este planteamiento no es el resultado de una confrontación objetiva de la cual pueda deducirse la violación manifiesta de una disposición constitucional en especial, sino el resultado de un acople de normas del mismo rango, mediante el cual se extrae por vía de deducción jurídica un resultado extraño y diferente al consagrado en el numeral 2º del artículo 152 del C.C.A.

Obsérvese que en ninguna de las normas invocadas se indicó quién debe elegir o nombrar al Sub Contralor, como tampoco se señaló en ellas prohibición para hacerlo.

Es cierto que el artículo 272 de al C.N., en su inciso 4º, da facultad a las Asambleas para elegir los Contralores Departamentales, pero de la consagración de tal atribución no puede desprenderse de manera directa una expresa prohibición constitucional para que tales corporaciones elijan otro u otros funcionarios de las Contralorías Departamentales, y del cual pueda deducirse claramente manifiesta violación del inciso 2º de la norma, y tal apreciación es tan evidente, que el *a quo* para hallar respuesta a sus planteamientos tuvo que acudir a otras disposiciones constitucionales como los artículos 268-10, 121 y 300-11 con base en los cuales estructura sus argumentos, por vía de interpretación.

Es cierto igualmente, que por mandato del inciso 5º del artículo 272, los Contralores Departamentales ejercen, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones, no dice todas, atribuidas al Contralor General de la República, una de las cuales es, conforme al numeral 10 del artículo 268, la de proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. No se necesita mucho esfuerzo para entender que en este caso tampoco se estructura la manifiesta violación de las normas constitucionales transcritas como consecuencia del nombramiento demandado en nulidad, pues los planteamientos del *a quo* fueron contruidos también en base a interpretaciones y deducciones y no por directa confrontación.

SECCION QUINTA

Basta lo anterior para que esta Sección Quinta -Sala de lo Contencioso Administrativo- del Consejo de Estado,

RESUELVA:

1. Revocar el auto de 18 de noviembre de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, pero solo en cuanto decretó la suspensión provisional de la elección de Sub Contralor del Departamento del Meta del ciudadano Agustín Hortúa Rodríguez.

2. Devolver el expediente al Tribuna de origen.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL - Inexistencia / JUNTA DIRECTIVA / CONSEJO DIRECTIVO / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES / SERVICIO SECCIONAL DE SALUD - Régimen de personal

No son empleados públicos aquellas personas que presten ocasionalmente sus servicios en la rama administrativa, como pueden ser los miembros de las Juntas y Consejos Directivos de las entidades descentralizadas o los representantes de un funcionario público en las Juntas o Consejos de organismos sin personería jurídica, como es el servicio seccional de salud, o como puede ser, en la rama jurisdiccional, los conjueces de los cuerpos colegiados, los auxiliares de la justicia, los miembros de los tribunales de arbitramento o de conciliación. Estos no son ni trabajadores oficiales regidos por una situación estatutaria o por un contrato de trabajo, con todos los elementos comunes a ellos. Sin embargo se tiene que por el ejercicio de esa función pública transitoria pueden recibir una remuneración por sus servicios, salvo en los casos de servicios ad honorem, traducida por lo general en honorarios o dietas por asistencia a cada una de las reuniones del respectivo Consejo o Junta, sin que por ello se sometan a los elementos arriba mencionados. En el caso sub judice el demandado era simplemente el representante del Ministro ante la Junta del Servicio Seccional de Salud, función que no le convierte en empleado oficial, ya que ni siquiera devengaba un salario. No sobra aclarar que las decisiones que tome un ente colectivo afectan a éste como tal pero no a los miembros que lo integran.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 12 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

SECCION QUINTA

Ref.: Expediente número 0845.

Actor: Benjamín Calle Carrascal.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10 de septiembre de 1992 por la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre denegó las pretensiones de la demanda promovida por el doctor Benjamín Calle Carrascal, obrando en su propio nombre mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección del señor Edison Zamora Pulgar como alcalde del municipio de Ovejas (Sucre) para el período comprendido entre 1992-1994.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación de la respectiva credencial y se convoque, por parte del Gobernador del Departamento de Sucre, para la elección de nuevo Alcalde del Municipio de Ovejas de acuerdo con la ley y previas las comunicaciones de rigor.

El demandante invocó como infringidos el artículo 5º, numeral e) de la Ley 78 de 1986, el cual fue subrogado por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987 y el artículo 127 de la Constitución Nacional ya que dentro de los tres meses anteriores a ser elegido alcalde, el señor Edison Zamora Pulgar se desempeñaba como empleado oficial.

Manifiesta el actor que el demandado fue elegido, mediante Resolución número 5711 de abril 30 de 1991 proferida por el Ministerio de Salud, representante de este último ante la Junta del Servicio Seccional de Salud de Sucre, tomando posesión del cargo el 25 de julio de 1991 y desempeñándose como empleado oficial entre el 8 de diciembre de 1991 y el 8 de marzo de 1992. Las funciones que ejercía están claramente detalladas en el Decreto-ley 056 de 1975, quedando plenamente demostrada la inhabilidad planteada en la norma y, de paso, violando el artículo 127 de la Carta Magna (fls. 1 a 13).

En el mismo escrito, el demandante solicitó la suspensión provisional del acto que declara la elección del señor Edison Zamora Pulgar como Alcalde de Ovejas, medida que fue denegada por el Tribunal mediante auto fechado el 8 de mayo de 1992 (fls. 33 a 37). Esta decisión fue apelada ante el Consejo de Estado, recurso que fue concedido por el Tribunal Administrativo de Sucre y declarado posteriormente desierto mediante auto de 9 de junio de 1992, ya que el apelante no depositó el valor de las expensas (fls. 56 a 57).

En el mismo auto fue reconocido como parte impugnadora en el proceso el señor Rodrigo Ramiro Ricardo Bray.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre por sentencia del 10 de septiembre de 1992 negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (fls. 83 a 89):

En primer lugar, los miembros de Juntas o Consejos Directivos de Entidades Descentralizadas por el hecho de desempeñar funciones públicas, en ningún momento tienen el carácter de empleados o funcionarios. Esto último está claramente determinado en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

En segundo lugar, está establecido que ellos no están sometidos al estatuto del empleado público, ni sujetos a las normas que rigen todo lo atinente a aquéllos.

En tercer lugar, teniendo como referencia una sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, fechada el 30 de septiembre de 1970, con ponencia del doctor Hernando Gómez Otálora, concluye que el Alcalde de Ovejas no incurrió en la inhabilidad prevista en el artículo 5º, literal e) de la Ley 78 de 1986 y subrogado por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987.

Por último, debe descartarse que por ocupar este cargo tenga "autoridad política o civil", dado que no ejerce potestad de mando sobre un conglomerado social y sus decisiones son tomadas en forma colectiva.

EL RECURSO DE APELACION

La parte actora solicita, mediante memorial presentado el 11 de septiembre de 1992 y que obra a folio 91, le sean tomados como argumentos para la sustentación de la alzada los esgrimidos en el alegato de conclusión que obra a folios 71 a 75.

Confirmando los argumentos planteados en la demanda, el actor aclara que debe considerarse empleado oficial a toda persona que esté vinculada al estado por un acto administrativo, distribuya recursos y ejerza la representación del Estado ante la comunidad. Es evidente que el señor Edison Zamora Pulgar era empleado oficial cuando fue elegido alcalde de Ovejas pues su vinculación se efectuó mediante un acto administrativo y distribuyó recursos del Estado cuando intervino en las reuniones de la Junta del Servicio Seccional de Salud de Sucre, distribuyéndolo precisamente para el Municipio de Ovejas,

SECCION QUINTA

que es precisamente donde él aspiraba ser elegido, influenciando a su favor al electorado a través de esa gestión.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, mediante concepto fechado el 19 de enero de 1993, solicitó la confirmación de la providencia de primera instancia por considerar que los cargos no están llamados a prosperar ya que, de acuerdo con el Tribunal de Instancia, los miembros de las Juntas Directivas, en el caso concreto de la Junta de Servicios Seccional de Salud de Súcre, no ostentan la calidad de empleados públicos (fls. 103 a 108).

CONSIDERACIONES

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

La Sala procede a analizar los cargos planteados:

El actor solicitó la nulidad del acto declaratorio de elección del señor Edison Zamora Pulgar como Alcalde Popular del Municipio de Ovejas, por violar los artículos 5º, literal e) de la Ley 78 de 1986, subrogado por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987 y 127 de la Constitución Nacional.

El artículo 1º, párrafo segundo de la Ley 49 de 1987 reza:

“Párrafo 2º. El numeral e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 quedará así:

“e) Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.

Por su parte, el artículo 127 de la Constitución Nacional, en su numeral 2º dice:

“A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control,

les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio”.

Considera el actor que los elementos aportados al proceso, donde se demuestra que el demandado actuó como representante del Ministro de Salud ante la Junta del Servicio Seccional de Salud de Sucre, son plena prueba para demostrar que, en el momento de ser elegido el señor Zamora Pulgar Alcalde Municipal de Ovejas, se encontraba inhabilitado por ser empleado oficial.

En el informativo aparecen las siguientes pruebas:

Folio 19. Resolución número 5711 de 1991, por medio de la cual se efectúa el nombramiento.

Folio 20. Acta de posesión número 6631, donde el señor Zamora Pulgar se posesiona del cargo frente al Gobernador.

Folios 23 a 27. Actas donde se comprueba la actuación del demandado como representante el Ministro, fechada la última el 14 de febrero de 1992.

SE OBSERVA:

La Sala debe dilucidar, en primer término, si el demandado se puede considerar un empleado oficial.

Reiteradamente esta Corporación ha dicho que todas las personas que prestan sus servicios personales al Estado colombiano -Nación, entidades territoriales, entidades descentralizadas, Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, rama jurisdiccional y legislativa-, a cambio de una remuneración, son empleados oficiales -género- y que ellos, según se encuentren colocados en situación laboral o en situación estatutaria o reglamentaria, son empleados públicos, trabajadores oficiales o funcionarios de la seguridad, especies del género.

No se puede pretender, como lo asegura el demandante, que por el hecho de que el señor Edison Zamora Pulgar fue nombrado mediante un acto administrativo, como lo es la resolución expedida por el Ministro de Salud y tomó posesión del cargo ante el Gobernador, tal circunstancia le confiere calidad de empleado público.

No son empleados públicos aquellas personas que prestan ocasionalmente sus servicios en la rama administrativa, como pueden serlo miembros

SECCION QUINTA

de las Juntas y Consejos Directivos de las entidades descentralizadas o los representantes de un funcionario público en las Juntas o Consejos de organismos sin personería jurídica, como es el Servicio Seccional de Salud, o como pueden ser, en la rama jurisdiccional, los conjuces de los cuerpos colegiados, los auxiliares de la Justicia, los miembros de los Tribunales de Arbitramento o de Conciliación.

Estos no son empleados públicos, ni trabajadores oficiales regidos por una situación estatutaria o por un contrato de trabajo, con todos los elementos comunes a ellos tales como: subordinación permanente, remuneración salarial, derechos prestacionales y de carrera, obligaciones, deberes, inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, se tiene que por el ejercicio de esa función pública transitoria pueden recibir una remuneración por sus servicios, salvo en los casos de servicios *ad honorem*, traducida por lo general en honorarios o dietas por asistencia a cada una de las reuniones del respectivo Consejo o Junta, sin que por ello se sometan a los elementos arriba mencionados.

En tales condiciones, se puede decir que no están gobernados, ni sometidos por el régimen jurídico previsto para los servidores públicos, y en especial para los empleados públicos, sino por normas particulares y especiales que se hayan dictado para ellos, entre las cuales se puede encontrar el artículo 5º del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto-ley 2400 de 1968 que contiene el régimen de servicio civil y carrera administrativa que dice:

“Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de las juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes”.

En el caso *sub judice* el señor Edison Zamora Pulgar era simplemente el representante del Ministro ante la Junta del Servicio Seccional de Salud de Sucre, función que no lo convierte en empleado oficial, ya que ni siquiera devengaba un salario según se observa en el acta de posesión que obra a folio 20.

Con base en lo anterior queda claramente establecido que el Alcalde del Municipio de Ovejas (Sucre) no estaba inhabilitado para aspirar al cargo.

Así las cosas, no es del caso entrar a estudiar la inhabilidad prevista en el artículo 127 de la Constitución Nacional, referente a los empleados del Estado y de las entidades descentralizadas, aunque no sobra aclarar que las decisiones que toma un ente colectivo afecta a éste como tal, pero no a los miembros que lo integran.

De acuerdo a lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 10 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD PROCESAL - Causales / CADUCIDAD / TAXATIVIDAD / NULIDAD PROCESAL - Inexistencia

Al no encajar la supuesta caducidad de la acción en el presupuesto normativo invocado como causal de nulidad no es del caso dar trámite especial a la solicitud sino que debe denegarse a términos de lo previsto en el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el numeral 83 del Decreto número 2282 de 1989).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 12 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0916.

Actores: Orlando Abello Martínez Aparicio y otro.

El señor apoderado del demandado solicita se decrete la nulidad de lo actuado desde la notificación mediante edicto a la parte que representa por configurarse las causales 2ª y 8ª del artículo 140 del C. de P. C. (modificado por el numeral 80 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989) y afectarse el debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la C.N.

La primera de las causales invocadas, manifiesta, se configura porque el Tribunal Administrativo carecía de competencia para admitir la demanda y ordenar el cumplimiento del trámite posterior puesto que la competencia sólo se adquiere cuando la demanda se presenta dentro de la oportunidad legal y en el presente caso esto no sucedió.

Explica que el acto demandado es el Acuerdo número 04 del 8 de junio de 1992, que se allegó sin prueba válida de su notificación en fecha posterior, por lo que hay que concluir que la providencia se notificó en estrados el día de su expedición.

Con la corrección de la demanda, continúa el solicitante, se acompañó un ejemplar con el error anotado aparentemente subsanado, pero en esta última oportunidad, de una parte, el término estaba “más vencido” y, de otra, es a la demanda a la que debe acompañarse la prueba que se echa de menos.

Así las cosas, concluye, la demanda principal no podía admitirse (art. 139 del C.C.A., modificado por el art. 25 del Dec. 230 de 1989).

En caso de que la Sala tuviere dudas sobre el particular, anota el solicitante, pide se trámite el incidente, se abra a pruebas y se oficie a la Registraduría para que informe la fecha cierta del acto demandado (arts. 135 a 139 del C. de P. C.).

La segunda de las causales invocadas, numeral 8 del artículo 140 del C. de P. C. (modificado por el num. 80 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989), considera se configura, porque en el auto admisorio de la demanda debió ordenarse la notificación personal, lo que no se hizo, pues conforme a este auto, corregido con fecha 18 de septiembre de 1992, se ordenó la notificación del demandado por edicto que debió durar fijado cinco días en Secretaría.

Al respecto manifiesta, con invocación de partes del libro Derecho Procesal Administrativo en concordancia con la nueva Constitución del honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, tercera edición, páginas 221 a 222, que el auto admisorio de la demanda debe ser notificado personalmente al demandado. Solicita que la petición se resuelva previo traslado por tres días a la parte contraria (artículo 142 del C. de P. C. modificado por el num. 82 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989) dándosele el trámite de incidente y abriéndose pruebas,

SE OBSERVA:

Sea lo primero precisar que las causales previstas en el artículo 140 del C. de P. C. (modificado por el num. 80, artículo 1º del Decreto 2282 de 1989), por la naturaleza de la disposición que las establece son taxativas y, por lo mismo, no admiten interpretación extensiva o por analogía. En consecuencia, si el fundamento de la nulidad no está erigido como causal en la norma o no puede alegarse, la decisión se adopta sin lugar a dar trámite alguno a la petición. Sentado lo anterior, la Sala procede a analizar las causales propuestas.

La primera de ellas es la prevista en el num. 2º del artículo 140 del C. de P. C. (modificado por el num. 80 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989), que a la letra dice:

SECCION QUINTA

“Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

“ ...

“2. Cuando el juez carece de competencia”.

Es claro que la causal se extiende, como se desprende de su texto, y lo ha dicho la reiterada jurisprudencia, a los casos en que por virtud de los factores objetivo (naturaleza del negocio), subjetivo (calidad de las partes), funcional (organización judicial), territorial (circunstancias geográficas) o de conexión (relación entre factores), un juez no tiene el conocimiento de determinado negocio y sin embargo lo avoca. Cualquier otro aspecto que no atienda a la competencia queda por fuera de la causal en estudio.

En el presente caso, del recuento inicial se deduce claramente que aunque se invoca el numeral segundo de la norma en cita, el fundamento de la nulidad no está contemplado como tal en la misma.

Es tan claro que la situación alegada no está contemplada como causal de nulidad que el Tribunal con la competencia fundada en los factores que se enumeraron antes, puede proveer sobre la admisión de la demanda o sobre los defectos de la misma, examen que también puede hacer al momento del fallo.

Al no encajar la supuesta caducidad de la acción en el presupuesto normativo invocado como causal de nulidad no es del caso dar trámite especial a la solicitud sino que debe denegarse a términos de lo previsto por el artículo 143 del C. de P. C. (modificado por el num. 83 del Decreto 2282 de 1989).

La segunda de las causales invocadas, num. 8 del artículo 140 del C. de P. C. (modificado por el numeral 80 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989), es de aquellas que no pueden alegarse si el supuesto afectado actúa sin proponerla (art. 143 del C. de P. C., modificado por el num. 83 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989).

En el presente caso se observa que luego de la notificación personal que aparece a folio 82, el interesado dio poder a una profesional del derecho y por su intermedio se presentó en juicio y ha venido actuando sin manifestar la irregularidad que ahora alega; en consecuencia a términos del artículo 143 del C. de P. C. (modificado por el num. 83 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989) la solicitud debe ser rechazada sin que dé lugar a surtir trámite alguno.

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

RESUELVE:

1. No dar trámite especial a la solicitud de nulidad de lo actuado, por no haber lugar a ello.

2. Denegar la solicitud de nulidad propuesta conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, vuelva al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ELECCIONES LOCALES / DOMICILIO / RESIDENCIA / NULIDAD ELECTORAL - Causales / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia

Cuando el artículo 316 de la Carta dispone que en las elecciones de autoridades locales sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio, hace referencia a los cargos que deben ser provistos mediante elección popular, en una determinada municipalidad. El objeto de la disposición constitucional es impedir que las autoridades municipales sean elegidas por personas extrañas a la comunidad. El artículo 1º de la Ley 2ª de 1992 atribuye una manifestación bajo juramento, de parte de los electores de 1992, contemplando una consecuencia sancionatoria para aquellos sufragantes que sin haber hecho manifestación alguna, quedaron cobijados en el supuesto en mención. Si de alguna manera resultare infringido dicho artículo, la medida sancionatoria en él referida, sólo podría aplicarse a las personas a quienes se lograra demostrar que faltaron a la verdad en una supuesta manifestación de su parte, en relación con el sitio de su residencia al momento de sufragar en las elecciones, pero esta circunstancia en nada desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado, ya que el supuesto fáctico en mención no corresponde a ninguno de los presupuestos que como causales de nulidad señala taxativamente el artículo 223 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 12 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Ref.: Expediente número 0842.

Actor: Derian Antonio Galvis Bedoya.

APELACION SENTENCIA

Se resuelve el recurso de apelación citado en la referencia e interpuesto oportunamente (fl. 194 vto.) por el apoderado de la parte demandante (fls. 190-194).

ANTECEDENTES

La demanda y sus fundamentos (fls. 43-65).

1. Por conducto de apoderado al efecto constituido, el ciudadano Derian Antonio Galvis Bedoya, demandó del Tribunal Administrativo de Caldas la nulidad del acto por medio del cual se hizo la declaratoria de elección de la señora Francia Inés Cárdenas Agudelo, como Alcalde del municipio de la Merced, Caldas, para el período que se inició en 1992.

Como consecuencia de dicha nulidad, solicitó la práctica de un nuevo escrutinio y se realice la correspondiente declaratoria de nueva elección y se expida la respectiva credencial.

2. Como disposiciones transgredidas, el actor citó los artículos 316 de la Carta, 65 de la Ley 96 de 1985; 17 de la Ley 62 de 1988; 223 del Decreto 01 de 1984; 1º de la Ley 2ª de 1992, y 1º y 2º del Decreto 2241 de 1986.

La razón de la infracción es, en su concepto que varios de los ciudadanos que se inscribieron en el municipio de la Merced y concretamente en las inspecciones de Peña Rica, El Tambor y La Felisa, para elegir alcalde de dicho municipio, se trasladaron desde otra jurisdicción, contrariando el principio constitucional consistente en que en las votaciones para decidir asuntos locales y elegir autoridades del mismo orden, sólo pueden participar los ciudadanos residentes en dicha localidad.

Agrega, que el día de las elecciones fueron trasladados en forma irresponsable algunos ciudadanos y otros llegaron por sus propios medios, con el fin de sufragar en las distintas mesas instaladas en las veredas La Felisa, El Tambor y Peña Rica, señalando en cada sitio los nombres de las personas trasladadas no residentes en La Merced.

Los votos depositados en las mesas y por los ciudadanos relacionados en el libelo, constituyen a juicio del actor, elementos apócrifos o falsos ideológicamente que sirvieron de base para la formación de las actas de escrutinio. La falsedad y apocrifidad que predica de las actas es ideológica, pues -dice- en un alto porcentaje, los sufragantes que aparecen allí, no podían votar en razón de que su residencia estaba localizada en otro municipio y por esta última

SECCIONQUINTA

razón, se violó el artículo 316 de la Carta Política, en cuanto señala el requisito de la residencia como factor *sine qua non*, para que el lector pueda participar en las votaciones, donde se pretende elegir autoridades locales; dicho precepto constitucional -agrega- fue llevado a la normatividad legal, tal como aparece en el artículo 1º de la Ley 2ª de 1992.

Concluye el actor, que si en los comicios del 8 de marzo realizados en La Merced, votaron ciudadanos no residentes allí, se violaron las disposiciones, constitucional y legal, señaladas antes y este hecho provoca la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación en las que se computaron votos de personas no residentes en La Merced y por ende conduce a la nulidad de la elección de alcalde del mismo municipio, pues así se desprende del artículo 223-2 del C.C.A.

Sostiene el actor, que los formularios E-15 utilizados por el Departamento de Caldas, en las veredas La Felisa, El Tambor y Peña Rica, fueron elaborados con fundamentos falsos o inciertos y por lo tanto, son apócrifas las actas de escrutinio de los jurados de votación y en consecuencia, son nulas, como es nula la elección de alcalde de dicha localidad.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Observa el *a quo* que antes de 1991 el legislador no había señalado la residencia como factor determinante de la capacidad electoral, solo el constituyente de ese año, por medio del artículo 316 de la Carta determinó que la de los votantes constituye uno de los requisitos que deben cumplir quienes participan en la elección de autoridades locales; este requisito se convierte en una de las limitantes jurídicas al ejercicio del derecho al voto, diferente de las que tradicionalmente habían regido en nuestro país.

Lo novísimo de la disposición ha dado lugar a toda clase de discusiones e interpretaciones, como las que se plantean en el *sub judice*, en especial, en relación con lo que jurídicamente debe entenderse por elección de autoridades locales y ciudadanos residentes.

Dada la ubicación dentro del articulado de la constitución y su análisis contextual, en opinión del *a quo*, la frase “para la elección de autoridades locales”, utilizada por el artículo 316 de la Carta, se refiere a los comicios electorales que se realizan para la escogencia de las autoridades de un municipio determinado y no para la elección del nivel departamental.

Cuando la discusión continúe en presencia de elecciones en las cuales el acto de convocatoria anuncie que no solo se elegirán autoridades locales sino

también departamentales, el asunto asumirá un carácter probatorio; así entonces, cuando como en este caso, el demandante afirma que quienes votaron por autoridades locales no residían en el municipio respectivo, debía probar los siguientes extremos: determinar las personas que no vivían en el municipio y que los no residentes depositaron su voto para elegir autoridades locales, con ello estaría comprobando las afirmaciones de su demanda, en el sentido de que tales votos adolecían de nulidad por falsedad ideológica y que con ellos “le cambiaron el rumbo a las decisiones de la colectividad que toma asiento en el citado municipio”.

El Tribunal no encontró prueba alguna que demostrara que las personas mencionadas en la demanda, participaron el 8 de marzo de 1992 en la elección de las autoridades locales de La Merced, antes bien, la prueba testimonial y documental allegada, revela, de una parte, que los declarantes participaron en los comicios del 8 de marzo para la elección de la Asamblea de Caldas y Concejo y Alcalde de la Merced y de otra revela, que votaron en el sitio en el cual precisamente inscribieron sus cédulas y que por sus propios medios o por los que públicamente hallaron disponibles, se trasladaron al sitio en el cual se encontraban ubicadas las mesas de votación, solo tres deponentes inscribieron sus cédulas en 1992, los restantes sufragaron en el sitio en el cual las habían inscrito desde 1991, o antes, algunos desde 1988 o en 1990.

El *a quo* concluyó entonces que el cargo por violación del artículo 316 de la Carta no prosperaba, ya que el demandante adujo los mismos argumentos de vulneración del artículo 316 de la C.N. y los extendió al artículo 1º de la Ley 2ª de 1992, el *a quo* desechó ese segundo cargo, para lo cual se remitió a las razones referidas en relación con la disposición constitucional mencionada.

Después de analizar varios conceptos de diferentes tratadistas, el Tribunal determinó que los documentos públicos, en los cuales los funcionarios que los elaboran limitan su intervención a recibir la atestación de los particulares, son susceptibles de falsearse material o ideológicamente, pero solo en la parte que tiene naturaleza oficial, es decir, que no lo son las declaraciones de los particulares.

Y sobre la base referida, examinó los elementos de convicción allegados al proceso, encontrando que ninguno de ellos logró demostrar que los sufragantes de La Merced, señalados en la demanda, hicieron afirmaciones falsas en documento público alguno que afectado de falsedad ideológica, hubiere sido utilizado para la declaratoria de elección de alcalde, observando además, que no existen disposiciones que obliguen a registrar la dirección de

SECCION QUINTA

quien inscribe la cédula, ni tampoco que los ciudadanos estén obligados a informarla.

Desde el punto de vista de la legislación vigente, el Tribunal encontró válidas y justificables las razones expresadas por algunos testigos, en relación con el motivo por el que sufragaron en La Merced, ya que muchos de ellos se refirieron a hechos o circunstancias que configuran las nociones de vecindad política.

Con base en los argumentos brevemente resumidos, el Tribunal Administrativo de Caldas, denegó las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

1. El apelante encuentra contradictorio el análisis probatorio contenido en la sentencia recurrida, pues mientras en algunos acápite se dice que no se probó la elección de autoridades locales, en otros se dice lo contrario.

Los veintitrés testimonios recaudados en el proceso, son enfáticos en manifestar que participaron en las elecciones llevadas a cabo el día 8 de marzo de 1992, en las cuales se eligieron diputados, alcalde y concejales, sin que en ninguna respuesta se excluyera alguno de los cuerpos colegiados o el alcalde, observando además que para elegir diputados, no habrían tenido necesidad de trasladarse del lugar donde habitualmente residían a La Merced.

Otro aspecto que corrobora la participación de los electores en la elección de autoridades locales de la Merced, es el marcado interés expresado por ellos, en participar en las decisiones de elección de funcionarios municipales, se escuchan voces como “me interesa que la vereda progrese”, “mientras mayor sea la votación más auxilios hay”.

El artículo 316 de la Carta señala el requisito de la residencia y en el proceso demostró que era diferente al lugar de votación, en clara contraposición con dicha norma constitucional. Este hecho, unido a lo expresado antes, edifican sin lugar a dudas la violación del mandato constitucional invocado.

En relación con la Ley 2ª de 1992, el apelante consideró válidos los anteriores argumentos, ellos -dijo- conllevan a marcar la apocrifidad mencionada en el texto de la demanda y dan pie a la anulación de la elección impetrada.

2. Sin precisar cuáles, el apelante afirma que algunas de las disposiciones citadas por el Tribunal en la parte sustantiva de la providencia, se encuentran

derogadas por el artículo 316 de la Constitución Nacional, pues son contrarias a esta norma y además fueron expedidas con anterioridad a la misma, al igual que el fundamento jurisprudencial en que basa la vecindad política.

Por esas razones, solicita revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

En su concepto visible a folios 206 a 210; la Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, solicita la confirmación de la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

La providencia de primera instancia debe confirmarse, pues para la Sala no aparece configurada la nulidad alegada como pasa a explicarse.

El artículo 223-2 del C.C.A., que el actor estima infringido con el acto demandado expresa:

“...Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

“... ”

“2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación”.

El acto impugnado pone de manifiesto que, en el municipio de La Merced, sufragaron 3.797 ciudadanos (fl. 71); 49 de los sufragios correspondientes, dice la demanda, fueron depositados por igual número de personas no residentes en esa localidad y aparecen distribuidos en las mesas situadas en las siguientes veredas, así: en La Felisa 14, El Tambor 2 y Peña Rica 19 votos.

Ya en otras oportunidades, esta Sala se ha referido a la falsedad y apocricidad como motivos de nulidad, resaltando que ésta y aquélla, no se configuran porque aparezcan simples irregularidades en los registros electorales o en sus antecedentes. La falsedad como delito contra la administración pública, supone una intención dolosa, tendiente a causar un perjuicio que para el caso se traduce en el desconocimiento de la voluntad de los electores, reflejada en el resultado electoral; y este justamente, es el objeto de protección de la ley.

De la abundante prueba testimonial aportada al proceso, llama la atención las siguientes afirmaciones:

SECCION QUINTA

Jhon Ramírez Marín, quien manifestó: “yo vote, una vereda que se llama Peña Rica... porque yo tengo mi cédula inscrita allá, yo estaba pagando servicio cuando salí ya no había más inscripciones, no la podía inscribir donde yo tuviera el gusto de inscribirme, yo siempre he tenido mi cédula inscrita allá... (sic)” (fls. 1, 2, cdno. número 2).

Dora Cecilia Rodríguez Vallejo expresó: “...yo voté en Peña Rica porque yo allá tengo mi familia entonces a mí me interesaba que la vereda progrese allá yo me crié y es donde tengo mi familia, yo me fui el día anterior... yo no recuerdo bien, pero yo ya tenía la cédula inscrita allá más o menos dos años... (sic)” (fl. 7, cdno. número 2).

Gladys López Ramírez, expuso: “...yo siempre voto en la vereda Peña Rica, donde siempre he votado lo que hace que voto, hace diez años que doy mi voto y ahí siempre he votado” (fl. 9, cdno. número 2).

Aún cuando Augusto Soto Arboleda sufragó el 8 de marzo de 1992 en la vereda El Tambor, de tiempo atrás tenía inscrita su cédula en La Merced, al respecto dijo: “...Preguntado: Cuándo inscribió usted su cédula para las elecciones a realizarse el 8 de marzo pasado? Contestó: la fecha exacta no la recuerdo, el primer día que abrieron las inscripciones en los pueblos, yo antes la he tenido inscrita, pero como hay tanto cambio de elecciones, por seguridad de que no pueda votar también la hice inscribir, me parece que fue el primer día que abrieron las inscripciones, la tenía inscrita en La Merced, en la Cabecera Municipal desde que he votado, yo tengo 29 años y desde los 18 he votado allá” (fl. 15, cdno. número 2).

La testigo Nelly Arboleda sufragó en la vereda El Tambor y al respecto depuso: “...me inscribí en La Merced, porque yo soy de allá y toda la vida he sido de La Merced, yo soy nacida y criada en La Merced y también porque a mí me interesa que tenga buena votación La Merced, porque es mi vereda, es mi pueblo, yo tengo idea que entre más buena votación haya tal vez la vereda tenga más ayuda del gobierno, creo que entre más votación tenga, tenga derecho a más auxilios para la misma vereda y para el pueblo” (fl. 18, cdno. No. 2).

Gloria Inés Agudelo González, estudiante en Salamina, sufragó en Peña Rica y se refirió a la época en la que inscribió su cédula en los siguientes términos: “...yo la inscribí más o menos en las elecciones antepasadas o sea cuando iba a subir este presidente...” (fl. 23, cdno. número 2).

En relación con la fecha en la que inscribió su cédula para las elecciones del 8 de marzo de 1992, Jairo de Jesús Gutiérrez Noreña respondió: “...La

época no la recuerdo, eso fue antecitos de las votaciones de estas de ahora, la inscribí en La Merced, porque me quedaba más a mano para la votación en La Merced, que en Salamina por los transportes...” (fl. 26, cdno. número 2).

Luis Fernando Henao Galvis manifestó: “...En primer lugar yo tenía la cédula inscrita en la inspección de Peña Rica con elecciones anteriores como la de, no recuerdo bien porque había tantas elecciones, pero no recuerdo, pero sí antes de las elecciones del 8 de marzo, o sea que yo he votado en Peña Rica hace como tres elecciones seguidas y entonces el día 8 de marzo como ya ha sido costumbre volví a votar ahí...” (fl. 30, cdno. número 2).

Los apartes transcritos en manera alguna ponen de manifiesto dolo o intención alguna de parte de los sufragantes para falsear el resultado electoral, por el contrario, el contenido de los testimonios dejan ver, como bien lo apreció el *a quo*, no sólo la existencia de vínculos con el municipio de La Merced, que justificaban la participación de los deponentes en los comicios del 8 de marzo, sino además, la buena fe de parte de los declarantes y la ausencia del interés defraudatorio alegado por el demandante.

Mas aún, de haberse establecido que las personas relacionadas en la demanda, se inscribieron irregularmente en las veredas Peña Rica, La Felisa y El Tambor, no era el caso anular el acto demandado, pues se estaría desconociendo la voluntad de 3.797 electores, en razón de que 49 de ellos incurrieron en una irregularidad, y no sólo porque una inscripción en esas condiciones no configura la causal de nulidad señalada en el artículo 223-2 del C.C.A., ni la de ninguno de sus numerales, sino porque se estaría ignorando el principio de la eficacia del voto (artículo 1º C.E.), que debe prevalecer cuando, como en este caso, refleja la voluntad de los electores.

Ahora bien, el artículo 316 de la Carta, es del siguiente tenor:

“...En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio”.

No cabe duda de que cuando el artículo 316 de la Carta dispone que en la elección de autoridades locales sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio, hace referencia a los cargos que deben ser provistos mediante elección popular, en una determinada municipalidad. El objeto de la disposición constitucional aludida, es impedir que las autoridades municipales sean elegidas por personas extrañas a la comunidad, objeto que

SECCION QUINTA

en este evento no se desconoció conforme se desprende del análisis hecho antes.

En estas circunstancias, no puede hablarse de transgresión del artículo 316 de la Carta.

Por último, el artículo 1º de la Ley 2ª de 1992, reza:

“...Se entiende que quien vote en las elecciones del 8 de marzo de 1992, declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio.

“Si falta a la verdad incurre en las sanciones legales”.

Sobre un fundamento hipotético, la norma transcrita atribuye una manifestación bajo juramento, de parte de los electores de 1992, contemplando una consecuencia sancionatoria para aquellos sufragantes que sin haber hecho manifestación alguna, quedaron cobijados en el supuesto en mención.

Ahora bien, si de alguna manera resultare infringido el artículo 1º de la Ley 2ª de 1990, la medida sancionatoria en él referida, sólo podría aplicarse a las personas a quienes se lograra demostrar que faltaron a la verdad en una supuesta manifestación de su parte, en relación con el sitio de su residencia al momento de sufragar en las elecciones de 1992, pero esta circunstancia en nada desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado, ya que el supuesto fáctico en mención, no corresponde a ninguno de los presupuestos que como causales de nulidad señala taxativamente el artículo 223 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él.

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 4 de septiembre de 1992.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DIPUTADO - Inhabilidades / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / DIPUTADO - Incompatibilidades

El artículo 299 de la C.N., en cuanto se refiere al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados a las Asambleas Departamentales prevé que "...no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas, en lo que corresponda...", pero la norma no determina las inhabilidades de estos servidores públicos, función que de acuerdo al tenor literal del citado precepto, está deferida a la Ley, y mientras ésta no se expida rigen las normas vigentes sobre la materia. De otra parte, el artículo 179 que se refiere de manera especial a los congresistas, no especifica que la inhabilidad prevista en su numeral 2º sea aplicable a los diputados. Significa lo anterior, que no se observa la manifiesta violación de las normas invocadas como lo exige el artículo 152 numeral 2º del C.C.A., como requisito para suspender los efectos del acto administrativo impugnado mediante la acción de nulidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 17 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0934.

Actor: Pedro Vivas González.

De plano conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 155 del C.C.A., subrogado por el artículo 33 del Decreto 2304 de 1989, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor mediante apoderado, contra el auto de fecha 1º de octubre de 1992, pero solo en cuanto al admitir la demanda el Tribunal Administrativo de Bolívar negó la suspensión provisional solicitada.

SECCIONQUINTA

ANTECEDENTES

1. El ciudadano Pedro Vivas González en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, demandó ante el citado Tribunal el acto de fecha 15 de marzo de 1992, por medio del cual fueron declarados elegidos los señores Alberto Escobar Alcalá y Luis Fernando Taylor Garnica como Diputados a la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En el punto 3 del acápite "Petición" del libelo demandatorio solicita "que se decrete la suspensión del ejercicio de funciones como Diputados a la Asamblea de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de los señores Alberto Escobar Alcalá y Luis Fernando Taylor Garnica, en caso de ejercerlas" (fl. 4).

2. La demanda fue admitida por el *a quo* en auto de fecha 8 de junio de 1992, notificado por edicto fijado el 15 de junio de 1992.

3. En escrito presentado el 23 de junio de 1992 el actor, por conducto de apoderado, solicita que se resuelva la petición de suspensión del ejercicio de las funciones de los demandados "...que no puede ser otra que la suspensión provisional..." de que trata el artículo 152 numeral 2º del C.C.A., y "...el honorable Tribunal Administrativo tiene la facultad de poder suspender el acto administrativo demandado..." (fl. 28), petición que no fue resuelta en el auto admisorio de la demanda.

Estima que el acto demandado violó los artículos 179 numeral 2º y 299 de la Constitución Política, porque si al tenor de estas disposiciones el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados no puede ser menos estricto que el señalado para los congresistas, y estos no pueden ser elegidos como tales cuando dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en este caso concreto, ambos demandados estaban inhabilitados para ser elegidos diputados a la Asamblea Departamental porque dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección se desempeñaron como empleados públicos en cargos de jurisdicción y autoridad, así: el señor Alberto Escobar Alcalá como Juez Superior de San Andrés hasta el 15 de abril de 1991. Y el señor Luis Fernando Taylor Garnica como Secretario de Hacienda del Departamento hasta el 17 de julio de 1991.

4. En auto del 25 de agosto de 1992, el Magistrado conductor del proceso en consideración a la anterior petición y a que la solicitud de suspensión provisional no puede ser resuelta en auto de Sala Unitaria declaró

la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto admisorio de la demanda de fecha junio 8 de 1992.

5. En proveído de 1º de octubre de 1992 la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, advirtiendo sobre la nulidad oficiosamente declarada y que el escrito presentado por el apoderado "...será tenido en cuenta como corrección hecha a la demanda..." presentada por el señor Pedro Vivas González, decidió sobre su admisión y denegó la suspensión provisional solicitada, "...toda vez que el artículo 229 de la C. N. no fija las inhabilidades correspondientes a los diputados a las Asambleas Departamentales, y determinar en estos momentos si el artículo 179 es aplicable o no a los miembros de la Corporación antes anotada, se sale de los lineamientos correspondientes a la medida de suspensión provisional, en la cual la violación a las normas constitucionales o legales deben aparecer de manera flagrante, a primera vista. Un planteamiento como que sería necesario hacer en este asunto para determinar si se violó o no el artículo 179 de la C.N. no sería propio para una providencia que resuelva una suspensión" (fl. 46).

6. Contra esta última decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación aduciendo que se demostró mediante documentos públicos allegados con la demanda y que no fueron considerados por el *a quo*, que los demandados "...están incursos en la violación de la Constitución y la ley de la República..." (fl. 49), y que los argumentos que tuvo en cuenta el Tribunal al proferir su decisión, llevan a la conclusión de que los diputados que están en ejercicio de su cargo, se les considera "sin Dios ni ley" en espera de la reglamentación respectiva del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

De conformidad con el artículo 152 del C.C.A., el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos en las acciones de nulidad, como la aquí propuesta, cuando además de haberse solicitado y sustentado la medida de modo expreso, de la confrontación directa entre el acto acusado y la norma o normas invocadas, o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, sin necesidad de acudir a interpretaciones o análisis laboriosos, surja de manera directa y manifiesta su violación.

Señala el actor que de los documentos públicos aportados con la demanda, correspondientes al acta de posesión número 124 de 7 de marzo de 1990 del doctor Alberto Escobar Alcalá como Juez Superior de San Andrés

SECCION QUINTA

Islas (fl. 7), la certificación expedida por el Presidente del Tribunal Superior en el sentido de que el mencionado ciudadano prestó sus servicios a la rama jurisdiccional entre el 11 de noviembre de 1988 y el 15 de abril de 1991 (fl. 8), y la constancia del Jefe de la División de Servicios Administrativos de la Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina sobre los servicios prestados por el señor Luis Fernando Taylor Garnica como Secretario de Hacienda desde el 12 de octubre de 1990 hasta el 17 de julio de 1991 (fl. 10), se aprecia la inhabilidad de ambos para ser elegidos diputados a la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por cuanto dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección ostentaron cargos que conllevan jurisdicción y autoridad, siendo el acto acusado violatorio de los artículos 299 y 179, numeral 2º de la Constitución Política.

El artículo 299 de la Constitución, en cuanto se refiere al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados a las Asambleas Departamentales prevé que "...no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas, en lo que corresponda...", pero la norma no determina las inhabilidades de estos servidores públicos, función que de acuerdo al tenor literal del citado precepto, está deferida a la ley, y mientras ésta no se expida rigen las normas vigentes sobre la materia.

De otra parte, el artículo 179 que se refiere de manera especial a los congresistas, no especifica que la inhabilidad prevista en su numeral 2º sea aplicable a los diputados.

Significa lo anterior, que no se observa la manifiesta violación de las normas invocadas como lo exige el artículo 152 numeral 2º del C.C.A., como requisito para suspender los efectos del acto administrativo impugnado mediante la acción de nulidad.

Consecuencia de ello es que la providencia recurrida habrá de ser confirmada.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1. Confírmase el auto proferido por el honorable Tribunal Administrativo de Bolívar el 1º de octubre de 1992, en cuanto denegó la suspensión provisional del acto acusado.

2. En firme esta decisión vuelva el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / CONCEJAL - Renuncia

El demandado para la fecha de las elecciones en la que participó como candidato a alcalde, ya estaba desvinculado legalmente como concejal. Por esa razón no lo cobijaba la inhabilidad prevista en el artículo 179, numeral 8º de la C.N., para ser elegido en esa posición, ya que la norma al establecer la prohibición de la simultaneidad en dos cargos, se refiere a que el candidato debe llegar a las elecciones desprovisto de cualquier investidura pública, para al ser elegido no se presente esa concurrencia así sea de manera parcial.

PROCESO ELECTORAL / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

El trámite de los procesos electorales de segunda instancia, se rigen por lo dispuesto en el artículo 251 del C. C. A., norma que no autoriza el decreto o práctica de pruebas, y si bien el artículo 234, inciso 5º del mismo estatuto citado, las autoriza en la oportunidad procesal de decidir, es facultativo de la Sala o Sección considerar su práctica cuando sean necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, sin que para decretarlas deba mediar solicitud de parte.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0843.

Actor: John Jaime Sarasty.

2. En firme esta decisión vuelva el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / CONCEJAL - Renuncia

El demandado para la fecha de las elecciones en la que participó como candidato a alcalde, ya estaba desvinculado legalmente como concejal. Por esa razón no lo cobijaba la inhabilidad prevista en el artículo 179, numeral 8º de la C.N., para ser elegido en esa posición, ya que la norma al establecer la prohibición de la simultaneidad en dos cargos, se refiere a que el candidato debe llegar a las elecciones desprovisto de cualquier investidura pública, para al ser elegido no se presente esa concurrencia así sea de manera parcial.

PROCESO ELECTORAL / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

El trámite de los procesos electorales de segunda instancia, se rigen por lo dispuesto en el artículo 251 del C. C. A., norma que no autoriza el decreto o práctica de pruebas, y si bien el artículo 234, inciso 5º del mismo estatuto citado, las autoriza en la oportunidad procesal de decidir, es facultativo de la Sala o Sección considerar su práctica cuando sean necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, sin que para decretarlas deba mediar solicitud de parte.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0843.

Actor: John Jaime Sarasty.

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia del 4 de septiembre de 1992, proferida en el expediente de la referencia.

ANTECEDENTES

El ciudadano John Jaime Sarasty obrando en su propio nombre, demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño, el acto de 10 de marzo de 1992, por el cual, la Comisión Escrutadora Municipal declaró electo como Alcalde de El Tambo, Nariño, al señor Jairo Efraín Rojas Solarte, para el período 1992-1994. Consecuentemente la cancelación de su credencial y elección para el mismo cargo de la persona que haya obtenido la segunda votación; subsidiariamente, si es del caso, se convoque a nuevas elecciones.

FUNDAMENTOS DE LA ACCION

De acuerdo a la demanda (fls. 1 y s.s.), para las elecciones del 8 de marzo de 1992, el ciudadano Jairo Efraín Rojas Solarte, siendo concejal y ostentando la presidencia del Consejo del municipio prenombrado en el período 1990-1992, inscribió su candidatura para la alcaldía de la misma localidad, período 1992-1994, resultando elegido por 2083 votos. Además, se firma que siendo propietario del Servicentro Rojas y de un negocio de venta de materiales de construcción, celebró contratos con el Municipio de El Tambo por intermedio de su padre José Rojas, dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección.

NORMAS VIOLADAS

En este sentido se invocan los artículos 179 numeral 8º de la C.N., 5º literal e), de la Ley 78 de 1986, reformado por el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por conducto de apoderado, el alcalde Rojas Solarte mediante escrito que obra a folios 26 y s.s., se opone a las pretensiones del actor y en cuanto a los hechos de la demanda, sólo acepta los dos primeros y niega los demás, manifestando que la primera disposición citada como infringida “se refiere claramente a los congresistas y no existe otra que haga extensiva su manifestación a otras entidades administrativas”, y la segunda, es inaplicable, por ser anterior a la Constitución vigente, norma según la cual, las calidades, incompatibilidades e inhabilidades de los concejales serán determinadas por la ley.

SECCIONQUINTA

Agrega el apoderado, que su mandante renunció a ser concejal con anterioridad a su aspiración y por tanto, la causal alegada no tiene base real. Así mismo, que ni aquél ni su padre José Rojas tienen contratos con el Municipio de El Tambo.

SENTENCIA RECURRIDA

Al resolver en el fondo las pretensiones de la demanda, el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el proveído que se revisa, declaró la nulidad del acto impugnado ordenando la cancelación de la credencial al elegido alcalde.

El *a quo*, para llegar a esa resolutive analiza el *primer cargo* de la demanda frente a los medios de convicción provatoria aportados al proceso, considerando demostrado que el señor Jairo Efraín Rojas Solarte en las elecciones del 11 de marzo de 1990, fue elegido concejal de El Tambo para el período 1990-1992 y que, en los comicios del 8 de marzo del pasado año resultó electo alcalde de la misma municipalidad, para el período 1992-1994.

Igualmente, da por establecido que dicho ciudadano presentó renuncia a su investidura de concejal, ante el señor alcalde de ese lugar, mediante escrito que en fotocopia autenticada se adjuntó a la contestación de la demanda, “documento que tiene el mismo valor del original al tenor de lo preceptuado en el numeral 2º del artículo 254 del C. de P. C., reformado por el Decreto 2282 de 1989, en atención a que, según la atestación notarial que en ella consta, el cotejo se realizó con el original, acto notarial que se presume legal mientras no se demuestre lo contrario...”.

Aduce el *a quo*, que si bien se acredita la presentación de la renuncia, no ocurre lo mismo con la aceptación, desconociéndose el momento en que el demandado hizo dejación del cargo como concejal del mencionado municipio y también, la fecha de su inscripción como candidato, hechos que le correspondía a éste probar de acuerdo al artículo 177 del C. de P. C.

Expresa, que la pérdida de la investidura de concejal ocurre solamente a partir de la aceptación de la renuncia, por ser el momento en que se produce la falta absoluta, conforme lo previsto en los artículos 305 del C. de R. P. M. y 73 del Decreto 1333 de 1986.

En desarrollo de sus planteamientos, considera el Tribunal, que al contrario de lo que piensa el demandado, la inhabilidad consagrada en el artículo 179 numeral 8º de la Constitución, no rige sólo para congresistas en razón a que su literalidad es muy clara al referirse de manera general y no

excepcional, a cualquier persona que aspire una pluralidad de cargos, sin que su ubicación le haga perder tal carácter. Criterio que apoya con el concepto del 23 de enero de 1992, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que puede leerse a folios 135 y 136.

Respecto a la aplicación del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987 que solicita la parte impugnante (fls. 106 y s.s.), *el a quo* la desecha por insubsistente en razón de ser incompatible con el numeral 8º del artículo 179 de la C. N., y en virtud del mandato contenido en el artículo 9º de la Ley 153 de 1987.

Finalmente concluye que el señor Rojas Solarte fue elegido alcalde del Municipio de El Tambo, Nariño, cuando ya había sido elegido concejal del mismo municipio, presentándose coincidencia parcial de los dos períodos e incurriendo de esta manera en la causal de inhabilidad invocada.

LA APELACION Y SUS FUNDAMENTOS

Por medio de apoderado, el demandando mediante escrito que obra a folios 139 y s.s., apeló la sentencia, solicitando su revocatoria al considerar que hubo error “en el criterio de la carga de la prueba”, pues no era a él, sino al actor a quien correspondía demostrar los hechos de la demanda; sobre este aspecto concreta su inconformidad al expresar a folio 146 y en capítulo especial, que fue desconocido por la providencia impugnada, pues “la misma técnica jurídica enseña desde el Derecho Romano que la prueba corresponde al actor y únicamente en caso de excepciones vincula al demandado...”. Transcribe el artículo 177 del C. de P. C., y precisa, que de su texto comparado con la demanda: “tenemos que quien afirma y pretende que se le acepte que el elegido no renunció ni se despartó del cargo de concejal, es el demandante y no probando su pretensión queda invalidada”. Formula críticas al Tribunal por no haber decretado la prueba de oficio y hace otras consideraciones con relación a lo resuelto en la sentencia, los alegatos de las partes, el concepto fiscal y la intervención de terceros, insistiendo en el hecho de ser equivocada la argumentación respecto a la aplicación del artículo 179 numeral 8º de la C.N., a otros candidatos distintos a los Congresistas.

Por último, con el memorial de sustentación allega dos (2) fotocopias autenticadas del formulario E-9 del acta de inscripción del candidato Jairo Efraín Rojas Solarte con fecha 3 de febrero de 1992 y copia al carbón debidamente autenticada, del Decreto 040 de enero 29 de 1992, por el cual el alcalde de El Tambo, Nariño, acepta la renuncia al concejo del antecitado

SECCION QUINTA

candidato, solicitando se tengan como prueba los documentos visibles a folios 152 y ss.

En esta instancia las partes no alegaron.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, es del criterio y así lo solicita a la Corporación, revocar la sentencia apelada y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Dice la colaboradora del Ministerio Público que “si bien se encuentra acreditado en el proceso que el alcalde electo de El Tambo, Departamento de Nariño, fue elegido concejal del mismo municipio para el período 1990-1992, contrario a lo que concluyó el Tribunal de Instancia... considera que por este hecho no se encuentra incurso en la inhabilidad planteada...” sus razones las resume la Sala así:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º de la Ley 49 de 1987, que modificó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, y 312 de la C. N. si una persona que sea concejal resulta electa alcalde municipal, no queda inhabilitada, porque ocurre que al presentarse tal situación lo que se pierde de hecho es la investidura del concejal, razón por la que “no puede hablarse de coincidencia parcial de los períodos del concejal y alcalde y no tiene relevancia la presentación de la renuncia”.

En relación con el *segundo cargo* planteado en la demanda, de ser el demandado contratista del Municipio de El Tambo dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección, manifiesta que no se probó ya que sólo se allegaron algunas pruebas que indican que es el padre del señor Rojas Solarte el que hace algunos suministros al municipio.

CONSIDERACIONES

Antes de entrar en el análisis del fallo pronunciado el 4 de septiembre de 1992, en virtud del cual, el Tribunal Administrativo de Nariño declaró nulo el acto de elección demandado, teniendo como base los antecedentes que se han dejado expuestos, considera la Sala oportuno referirse a dos aspectos:

1. Que el trámite de los procesos electorales de segunda instancia, se rigen por lo dispuesto en el artículo 251 del C. C. A., norma que, como se puede apreciar de su lectura, no autoriza el decreto o práctica de pruebas y si bien el artículo 234, inciso quinto del mismo estatuto citado, las autoriza en la oportunidad procesal de decidir, es facultativo de la Sala o Sección considerar

su práctica cuando sean necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, sin que para decretarlas deba mediar solicitud de parte.

En efecto, al examinar la Sala el proyecto de fallo presentado por el Consejero Ponente, encontró un punto dudoso en el debate relacionado con la renuncia del demandado como concejal de El Tambo, prueba ésta que allegó oportunamente y consta a folio 37, pero presentándose una situación de duda respecto a si, la desvinculación como concejal ocurrió antes o después de las elecciones del 8 de marzo de 1992. Con el fin de aclararla y mejor proveer, debidamente autorizado por la Sección, el Ponente en auto visible a folio 74, solicitó la prueba y ésta se allegó dentro del término señalado para su práctica (fl. 177), y

2. Está en desacuerdo con la Sala, con las razones sobre cuya base la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso emitió su concepto de fondo para solicitar la revocatoria del fallo y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda. Señala la señora Procuradora, que de acuerdo a los artículos 1º de la Ley 49 de 1987, que adicionó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986 y 312 de la C.N., si una persona que sea concejal resulta electa alcalde municipal, no incurre en inhabilidad, pues de hecho pierde su investidura, no siendo por tanto coincidentes los períodos de uno y otro cargo.

Desde luego, la primera norma prevé esa situación tal como se plantea en el concepto y el artículo 312 de la C.N., difiere la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales a la ley, pero trátase de concejales, alcaldes, diputados, gobernadores o congresistas, “están inhabilitados para aspirar a otro cargo o Corporación, mientras ejerzan efectivamente el cargo porque la Constitución prohíbe que una misma persona desempeñe dos cargos en forma concurrente...”; esta cita forma parte del concepto emitido el 23 de enero de 1992 por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, al interpretar el artículo 179 numeral 8º de la C.N., norma que como ya lo ha expresado la Sala en varias oportunidades, no es de aplicación restringida para los congresistas, sino que, abarca en su concepción a toda persona que pretenda ser elegida para cualquier Corporación de elección popular, o para cualquier cargo público en el país.

Se tiene entonces que si la inhabilidad contemplada en el artículo 179, numeral 8º de la C.N., rige también para los candidatos a alcaldes, con base en el principio de supremacía consagrado en el artículo 4º de la Carta y dada su incompatibilidad con aquella norma, no es aplicable el artículo 1º de la Ley 49 de 1987 en cuanto adicionó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986 en su parágrafo 1º, y más bien debe considerarse insubsistente por ser norma

SECCION QUINTA

anterior a la Constitución y claramente contraria a su letra y espíritu, de acuerdo al precepto contenido en el artículo 9º de la Ley 153 de 1987, que bien cita el *a quo*.

Hechas las anteriores aclaraciones, pasa la Sala a examinar si la inhabilidad consagrada en el artículo 179, numeral 8º de la C.N., que corresponde al *primer cargo*, se ha o no demostrado en el proceso.

El hecho en el cual se sustenta, consiste, según la demanda, en que en las elecciones del 8 de marzo de 1992, el señor Jairo Efraín Rojas Solarte, siendo concejal del Municipio de El Tambo en el período comprendido entre 1990 y 1992, inscribió su candidatura para alcalde de la misma localidad, resultando elegido para el período 1992-1994, coincidiendo parcialmente los dos períodos. Circunstancia que, según el actor, quebranta, la norma constitucional antecitada y conlleva a la nulidad del acto de elección demandado.

El *a quo*, al analizar este cargo da por establecidos los hechos en que se apoya, es decir, acoge los planteamientos del actor con base en los medios de convicción probatoria que éste oportunamente allegó, como son:

a) Copias auténticas de las actas de escrutinios realizados por las Comisiones Escrutadoras, el 13 de marzo de 1990 y 10 de marzo de 1992, respectivamente, por las cuales, el demandado fue elegido concejal y alcalde para los períodos atrás mencionados;

b) Copia autenticada del escrito de renuncia presentado como concejal el 28 de enero de 1992, ante el alcalde de El Tambo.

Sobre esta base considera el Tribunal, que si bien estaba demostrada de manera suficiente la renuncia, no se había allegado ninguna prueba que acreditara su aceptación, desconociéndose el momento en que jurídicamente el señor Jairo Efraín Rojas Solarte, hizo dejación del cargo de concejal de El Tambo, Nariño; “y como tampoco se estableció la fecha de la inscripción del mentado señor como candidato a la Alcaldía municipal de ese lugar para el período 1992-1994, no se sabe si ésta se llevó a cabo con anterioridad o posteriormente a la aceptación de la dimisión”, agregando que la prueba de tal hecho correspondía al demandado y no al actor, “pues a éste, para cumplir con su obligación probatoria le bastaba demostrar que el demandado fue elegido concejal del municipio de El Tambo para el período 1990-1992 porque así lo afirmó en su demanda y efectivamente lo probó... y a aquél le incumbía probar la pérdida de esa investidura y su inscripción posterior como candidato a la Alcaldía...”. Supuestos sobre los cuales, dio por acreditada la

causal de inhabilidad consagrada por el numeral 8º del artículo 179 de la C.N. declarando la nulidad del acto impugnado.

No admite discusión el motivo de duda que se advirtió por la Sala, al examinar el fondo del asunto debatido en relación con el punto que llevó al Tribunal a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, consistente en el hecho de no haberse aportado por el demandado la prueba de aceptación de su renuncia como Concejal de El Tambo, siendo que, según el fallo era de su incumbencia probarlo.

La falta de ese elemento de convicción dio lugar a que el *a quo* no pudiera determinar la fecha de la pérdida de la investidura de concejal por renuncia aceptada, considerando que ante tal omisión y la existencia, a su vez, de las pruebas que se acreditaban la elección para uno y otro cargo, era claro que los períodos coincidían de manera parcial, puesto que, el de concejal expiró el 31 de julio de 1992 y el de alcalde se inició el 1º de junio del mismo año, dando por establecida la inhabilidad alegada con fundamento en el artículo 178, numeral 8º de la C.N.

Pero como lo observó la Sala anteriormente, fue necesario dar claridad al punto dudoso que entre otras cosas es el básico para la decisión, solicitándola de oficio y obra a folio 177 del expediente.

Salvada la duda con la integración de los dos actos, queda demostrado que el señor Jairo Efraín Rojas Solarte presentó renuncia del cargo de concejal de El Tambo, Nariño, el 28 de enero de 1992, según consta en la fotocopia auténtica del escrito en tal sentido dirigido al alcalde municipal de esa localidad que obra a folio 37, e igualmente, que la renuncia le fue aceptada mediante el Decreto 040 de enero 29 del mismo año, quedando en esta fecha desprovisto de tal investidura.

La prueba en síntesis, es clara en demostrar que *el demandado para el 8 de marzo de 1992, fecha de las elecciones en las que participó como candidato a alcalde, ya estaba desvinculado legalmente como concejal. Por esa razón no lo cobijaba la inhabilidad prevista en el artículo 179, numeral 8º de la Constitución Nacional, para ser elegido en esa posición, ya que la norma al establecer la prohibición de la simultaneidad en dos cargos, se refiere a que el candidato debe llegar a las elecciones desprovisto de cualquier investidura pública, para al ser elegido no se presente esa concurrencia así sea de manera parcial.*

SECCION QUINTA

El *segundo cargo*. Consistente en haber celebrado el demandado contratos con el Municipio de El Tambo, dentro de los tres meses anteriores a su elección, no fue demostrado en el proceso.

En efecto, de la prueba documental, que obra en el respectivo cuaderno consistente en una serie de cuentas de cobro a cargo de la Tesorería Municipal de El Tambo y de las facturas que las respaldan, se desprende que el contratista con este municipio es el señor José Rojas, sin que en ninguno de esos documentos se mencione al demandado.

Ahora, si con las declaraciones de los señores Alberto Portilla Insuasty (fl. 2 del mismo cuaderno), Norberto Ortega Vargas (fl. 5) y Jorge Abraham Arteaga Arcos (fl. 8), se pretende acreditar que el señor José Rojas es un simple prestanombre, siendo el demandado el real contratista, el propósito se ve fallido porque de ninguno de los tres testimonios se puede inferir esa relación contractual durante los tres meses anteriores a las elecciones del 8 de marzo de 1992.

Al no prosperar ninguno de los dos cargos, las pretensiones de la demanda serán denegadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, administrando justicia en nombre de la República de la Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo parcialmente con el Ministerio Público,

FALLA:

Primero. *Revócase* la sentencia de septiembre 4 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en este expediente.

Segundo. *Niéganse* las pretensiones de la demanda.

Tercero. Ejecutoriada la sentencia, *vuelva* el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / RESIDENCIA / DOMICILIO / CONCEJAL - Inhabilidades / ANALOGIA - Improcedencia

No se creó con el artículo 316 de la C. N. una causal nueva de inhabilidad que imposibilitara el acceso a los cargos locales de elección popular a quienes no fueran residentes en el municipio, no sólo porque la disposición no la determina expresamente, sino también porque esta clase de causales no puede tener existencia por el camino de las deducciones, ni pueden tener aplicación, extensiva o analógica, por ser de restrictiva interpretación y aplicación en relación con las personas a las cuales directamente se refiere la norma. Los motivos de inhabilidad que impiden la elección de los concejales, están taxativamente señalados y en ellos no se consagra la no residencia de los aspirantes en el municipio al cual corresponde la Corporación Edilicia. Por lo tanto, dicha circunstancia no puede dar origen a la anulación de la elección, ni su presentación estructurar la causal prevista en el numeral 5º del artículo 223 del C. C. A., modificado por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y el 17 de la Ley 62 de 1988. Si la norma no impone expresamente a los candidatos a concejales la obligación de residir en el municipio en el cual van a ser elegidos, mal pueden las partes o el intérprete darle un alcance que no tiene, que no está contemplado en su texto y que no consulta el propósito del constituyente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0846.

Actor: Alberto Ruiz Martínez.

SECCIONQUINTA

Se procede por la Sala a resolver el recurso de apelación oportunamente propuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 2 de septiembre de 1992, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública electoral el abogado Alberto Ruiz Martínez, actuando en nombre propio, demandó ante el Tribunal Administrativo de Caldas la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual fue elegido como Concejal del Municipio de Riosucio, Caldas, para el período 1992-1994, al señor Jorge Ríos Ayala; y solicitó que, como consecuencia de tal declaración se ordenara la cancelación de la credencial expedida y fuera entregada una nueva “a quien resultare electo, por efectos de la declaratoria aludida”.

Considera el actor que dicha elección se encuentra viciada de nulidad por violación del artículo 316 de la C.N., y que el candidato Jorge Ríos Ayala no reunía las calidades constitucionales para ser elegido, Concejal de Riosucio, por tener y haber tenido su residencia “en el Municipio de Supía, Caldas, concretamente en la carrera 6ª número 29-122 teléfono 560781, donde habita en compañía de su señora esposa y sus hijos;” población en la cual está avecindado actualmente.

Estima que la norma constitucional que supone violada exige como requisito para elegir y ser elegido a las corporaciones públicas, la condición de residente de quien presenta su nombre a consideración del pueblo, la cual no exhibía el demandado en relación con el Municipio de Riosucio, pues ni definitiva ni temporalmente habitaba allí, en donde solamente se le veía esporádicamente.

Para explicar en qué consiste el domicilio y la vecindad, cita y transcribe los artículos 76 del C.C. y 333 del C. de R. P. y M.

Corregida la demanda en los términos y el tiempo fijado por el Tribunal, el demandante adjuntó copias auténticas del Decreto por medio del cual se fijó el presupuesto de rentas y gastos del Municipio de Riosucio para la vigencia fiscal de 1992 por un valor de \$1.106.489.619 y del acto administrativo que declaró la elección de concejales del mismo para el período constitucional 1992-1994; hizo presentación personal de la demanda y de su corrección y fundamentó el concepto de violación del numeral 5º del artículo 223 del C.C.A.

Admitida la demanda y fijada en lista por el término legal, la parte demandada confirió poder para que la representara el abogado Hernán Zuluaga, en memorial cuya nota de presentación se realizó ante el Notario Primero del Círculo de Manizales el día 21 de abril de 1992, dos días después del vencimiento del período de fijación en lista, razones por las cuales el Tribunal le negó personería y no dio curso a la contestación de la demanda.

Dentro del término para alegar, el actor reitera sus planteamientos iniciales y expresa que si bien el artículo 312 de la Constitución Nacional defiere a la ley la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, ella no lo ha determinado; y que si el artículo 316 elevó a rango constitucional la condición de ser residente, en la municipalidad para aquellos ciudadanos que deseen hacerse elegir como autoridad (los concejales son autoridades) del respectivo territorio”, con mayor razón habrá que exigir dicha calidad (la de residente) en quien va a ser elegido, por lo que la condición de residente “deviene en inhabilidad para electores y elegidos”. Sostiene que, según certificación del Alcalde de Supía, el señor Jorge Ríos Ayala reside en dicho municipio, por lo que no podría ser elegido concejal de Riosucio.

La Procuraduría Delegada ante el Tribunal, solicita no acceder a las súplicas de la demanda, por considerar que en el demandado no concurre ninguna de las inhabilidades que para ser concejal contempla el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, y que la interpretación que el accionante da al artículo 316 de la Constitución Nacional es incorrecta, por no desprenderse de allí ninguna causal de inhabilidad.

EL FALLO IMPUGNADO

En sentencia del 2 de septiembre pasado, el Tribunal Administrativo de Caldas, desestimó las pretensiones de la demanda al estimar no quebrantado el artículo 316 de la Carta, pues considera que cuando la Constitución hace referencia a las votaciones “de ninguna manera puede extenderse a las calidades, condiciones, inhabilidades o incompatibilidades de aquellas personas que en ejercicio de otros derechos (art. 40 C.N.) aspiran a acceder al desempeño de cargo público a través del voto popular...”.

De ahí que para establecer tal diferencia el constituyente haya deferido a la ley, por medio del inciso 2° del artículo 312, la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, las que están concretamente señaladas en el Decreto 1333 de 1986.

En consecuencia, concluye el *a quo*, “en ninguna forma resultó vulnerado el artículo 312 (sic) de la nueva Constitución Nacional al realizarse la

SECCION QUINTA

declaratoria de elección del señor Jorge Rios Ayala como Concejal de Riosucio, cuando su residencia está en sitio diferente.

LA APELACION

Contra la anterior providencia, y dentro del término señalado en el artículo 250 del C.C.A., el actor interpuso recurso de alzada por no compartir los planteamientos del Tribunal sobre la interpretación que dicha Corporación da al artículo 316 de la C.N., que estima aplicable por igual a elector y elegido, pues no puede entenderse que si la norma constitucional impone a los electores la obligación de ser residentes en el municipio donde sufragaron, no lo haga respecto de quien se postula para ser elegido.

Considera, además, equivocada la estimación taxativa de la disposición que según él recorta su alcance y contraría su espíritu.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista de fondo, la Procuraduría Séptima Delegada solicita la confirmación de la sentencia, manifestándose conforme con los términos de la misma.

Comparte el criterio del Tribunal en cuanto no considera causal de inhabilidad la residencia del concejal electo en municipio distinto al de su elección, pues afirma que el propósito del constituyente al redactar el artículo 316 de la C.N. fue el de terminar “con el trasteo de votos y reglamentar el requisito de la residencia en relación con los electores” y no extenderlo a los elegidos.

CONSIDERACIONES

Para la Sala los fundamentos de la demanda están asentados sobre la interpretación y el alcance que el juzgador debe darle al artículo 316 de la Constitución Nacional, en cuanto limita el derecho a participar en las votaciones municipales a los ciudadanos residentes en los mismos.

Mientras el actor considera la residencia un requisito para elegir y ser elegido en cargos locales, el Tribunal estima que sólo lo es para ejercer el derecho al sufragio de la correspondiente circunscripción municipal, y le niega el carácter de inhabilidad.

La Sala comparte este último criterio por las siguientes razones:

El artículo en mención establece que:

“Artículo 316. En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio”.

Conforme a su contenido, la finalidad específica que tuvo el Constituyente al redactarlo fue, como lo afirma el agente del Ministerio Público, evitar el trasteo de votos de un territorio a otro mediante la restricción establecida en la votación, para lograr por ese medio que las elecciones de las autoridades municipales no fueran interferidas por personas extrañas, ajenas al discurrir sociopolítico de la región, sino que ellas fueran el reflejo fiel del querer popular de las gentes residentes y vinculadas en el municipio.

No se creó con ello, como lo pretende el actor, una causal nueva de inhabilidad que imposibilitara el acceso a los cargos locales de elección popular a quienes no fueran residentes en el municipio, no sólo porque la disposición no lo determina expresamente, sino también porque esta clase de causales no pueden tener existencia por el camino de las deducciones, ni pueden tener aplicación, extensiva o analógica, por ser de restrictiva interpretación y aplicación en relación con las personas a las cuales directamente se refiere la norma.

Los motivos de inhabilidad que impiden la elección de los concejales, están taxativamente señalados en los artículos 83 y 84 del Decreto 1333 de 1986 y en ellos no se consagra la no residencia de los aspirantes en el municipio al cual corresponde la Corporación edilicia. Por lo tanto, dicha circunstancia no puede dar origen a la anulación de la elección, ni su presentación estructurar la causal prevista en el numeral 5º del artículo 223 del C.C.A., modificado por los artículos 65 de la Ley 96/85 y 17 de la Ley 62/88.

Consecuente con los anteriores planteamientos, la Sala considera que la elección del señor Jorge Ríos Ayala como concejal del municipio de Riosucio, Caldas, siendo residente y vecino de la población de Supía en el mismo departamento, no es violatorio del artículo 316 de la Constitución, ni su condición de residente en este último municipio lo inhabilita para ocupar la curul de Concejal en el primero.

De otro lado, estima la Sala, contrariamente a lo afirmado por el actor, que la interpretación que el *a quo* dio al contenido y alcance del artículo 316 de la Carta es el correcto y adecuado, ya que si la norma no impone expresamente a los candidatos a concejales la obligación de residir en el municipio en el cual van a ser elegidos, mal pueden las partes o el intérprete darle un alcance que

SECCIONQUINTA

no tiene, que no está contemplado en su texto y que no consulta el propósito del constituyente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en un todo de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. Confírmase la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas, de fecha 2 de septiembre, por medio de la cual desestimó las pretensiones de la demanda.

2º. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONTRALOR MUNICIPAL - Elección / TERNA / NULIDAD ELECTORAL

Los presupuestos exigidos por la C. N: no fueron tenidos en cuenta por cuanto el principal requisito para elegir al Contralor Municipal es hacerlo de la terna y quien resultó elegido no hacía parte de ella por lo que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución Nacional. La situación en cuestión no puede ser avalada por una supuesta buena fe administrativa pues de lo que se trata es de verificar los pasos exigidos para que una elección se considere válida, circunstancia que la excluye. Puede que la buena fe administrativa libere al Concejo Municipal de una acusación de fraude en la elección pero no deja a salvo de la anulación a la elección.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Ref.: Expediente número 0851

Actor: Nelson Durán Vidal.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 3 de septiembre de 1992.

Dan cuenta los autos que el señor Nelson Durán Pineda, por intermedio del doctor Edilberto Caicedo Maquilón, quien además obra en su propio nombre, demandó la nulidad de la elección de María del Socorro Rincón como contralora municipal de Candelaria realizada por el concejo de la localidad.

SECCION QUINTA

La parte actora relata que conforme al artículo 272 de la C.N. el Tribunal Administrativo envió el nombre de un candidato y el Tribunal Superior de Cali el de dos, para conformar la terna exigida para nombrar Contralor Municipal.

Mientras el Tribunal Administrativo seleccionó y comunicó el nombre de Patricia Díaz, el Tribunal Superior seleccionó a los doctores Ernesto Caicedo Maquilón y Nelson Durán Vidal, pero comunicó como escogidos los nombres de María del Socorro Rincón y Edilberto Caicedo Maquilón.

El Tribunal Superior corrigió el error en escrito del 19 de mayo de 1992, recibido al medio día en el Concejo, pero la elección hecha a las 5:30 p.m. recayó en la persona de María del Socorro Rincón.

La parte actora considera que la actuación anterior es violatoria del artículo 272 de la C.N. y del Acuerdo número 12 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Considera infringida la disposición constitucional por cuanto resultó elegido un candidato que no hacía parte de la terna.

La elegida se hizo parte en el juicio y dentro del término de contestación de la demanda sólo consideró cierto el hecho de haberse dado cumplimiento al artículo 272 de la C.N. y de haberse comunicado que los señores María del Socorro Rincón y Edilberto Caicedo Maquilón como integrantes de la terna. Los demás no le constan y solicita se prueben en especial el relativo a la oportunidad del cambio de nombres que considera se comunicó en forma extemporánea.

Como razones de la defensa expone que el Concejo la eligió con base en la buena fe administrativa porque la terna fue conformada con los candidatos y comunicada al Concejo por el Tribunal Superior mediante oficio número 598 del 5 de mayo de 1992 y la elección se hizo el 19 de mayo siguiente con todas las previsiones constitucionales y legales.

El error del Tribunal sólo fue subsanado a los catorce días de cometido, es decir, el 19 de mayo de 1992, mismo día de la elección, por oficio 633 que no llegó a tiempo al despacho del Concejo por lo que no pudo enmendarse el acto electoral.

Hace una exposición de lo que debe entenderse por buena fe administrativa para lo cual trae apartes del Diccionario Penal y del Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, para señalar que ante un error excusable se generan derechos de terceros como en el presente caso, en que se hace

imposible pensar que la elección se puede revocar, salvo lo previsto por el artículo 103 del Decreto 1333 de 1986.

Propone como excepción la ineptitud sustantiva de la demanda con fundamento en que en ella se considera como acto acusado el acta del Concejo, que en estricto sentido no es un acto administrativo; debió demandarse la decisión del Concejo de elegir a la doctora María del Socorro Beltrán como Contralora Municipal.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 3 de septiembre de 1992 declaró la nulidad de la elección acusada con base en los siguientes fundamentos:

En relación con el aspecto procesal estima que no se puede considerar como inepta la demanda por cuanto de su contenido se deduce claramente cuál es el acto acusado. Trae al caso la jurisprudencia de la Corporación sentada en sentencia número 601 de 1991.

En relación con el fondo del asunto considera que la elección de contralor es un acto administrativo complejo en el cual hay una serie de decisiones previas con concurrencia de distintas voluntades hasta llegar a la decisión final. En consecuencia todos los pasos deben ser dados conforme a lo previsto por la Constitución Nacional y las leyes so pena de que la elección resulte viciada.

Aunque el Tribunal considera que la exigencia constitucional en relación con la elección trató de cumplirse, lo cierto es que no se logró conforme a los documentos que aparecen en el expediente de los cuales se deduce que hubo una irregularidad en la comunicación de los nombres de los escogidos por el Tribunal Superior de Cali.

La primera comunicación, afirma, estuvo viciada por una discrepancia ideológica que está vinculada con el contenido mismo del acto. Cita en su apoyo el auto de esta Corporación del 12 de abril de 1962.

El procedimiento constitucional no se cumplió al elegir al contralor municipal y ese incumplimiento recae sobre la decisión definitiva afectando su validez.

No considera que el principio de la buena fe administrativa debe primar sobre la disposición constitucional ni tampoco que el supuesto error pueda otorgarle un derecho subjetivo y concreto a una persona cuyo nombre no fue incluido por el Tribunal Superior para conformar la terna.

SECCIONQUINTA

Considera que no puede confundirse revocatoria administrativa con decisión jurisdiccional de anular el acto administrativo de elección que contraría los presupuestos constitucionales.

La parte demandada interpuso recurso de apelación con los siguientes fundamentos:

Insiste en la ineptitud sustantiva de la demanda por las mismas razones expuestas inicialmente, recalcando que la sentencia incluida no es aplicable al caso porque aquí se solicita declarar nula un acta y no una elección. Invoca al efecto la sentencia del 23 de julio de 1970.

Invoca el artículo 229 del C.C.A. para señalar que si se solicita la individualización del acto acusado en relación con los cómputos, con mayor razón debe demandarse el acto y no el acta en que se hizo constar una elección.

La señora Procuradora Octava Delegada solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Luego de considerar que el negocio debe ser objeto de pronunciamiento de mérito por cuanto estima que sin ningún esfuerzo se entiende que lo demandado es la elección de la contralora municipal, estima que con las pruebas que obran en el informativo es muy claro que está demostrada la violación del artículo 272 de la C.N.

Por último señala, al igual que lo hizo el Tribunal de instancia, que no puede confundirse revocación del acto con nulidad del mismo realizada por la jurisdicción.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver la apelación interpuesta a términos de lo previsto por el artículo 129 del C.C.A. en concordancia con el artículo 132-4 *ibidem* (modificado por el artículo 1º del Decreto 597 de 1988) según documento visible a fl. 95.

La sentencia del Tribunal debe confirmarse por las siguientes razones:

En primer término, en cuanto hace relación al pronunciamiento inhibitorio propuesto por la parte demandada, reiterado con ocasión de la apelación, la Sala debe precisar que comparte la decisión del Tribunal por cuanto dada la posibilidad de interpretar el libelo, de su lectura se deduce claramente que aunque se demanda la nulidad del acta de la sesión del Concejo de 19 de mayo de 1992, la inconformidad se centra en la elección de la contralora municipal.

En tales condiciones aunque la forma en la cual se expresa la solicitud de anulación resulta antitécnica, el objeto mismo de la acción es muy claro: la elección de la contralora municipal, acto que se acompaña al allegar el acta de la elección que se acusa.

En tales condiciones, siendo tan claro el contenido del libelo, la Sala no puede menos que considerar que el negocio debe ser decidido de mérito y a ello se procede.

El problema en el presente caso se centra en establecer si en la elección impugnada se produjo la violación del artículo 272 de la C.N. por cuanto el Concejo Municipal eligió a una persona que no figuraba en la terna conformada por los Tribunales Superior de Cali y Administrativo del Valle del Cauca, por cuanto uno de los nombres que suministró el Tribunal Superior en la comunicación que envió al Concejo no figuraba entre los que en realidad se escogieron en la sesión correspondiente de la Corporación de justicia mencionada y la corrección del error no fue allegada oportunamente y, de serlo, no fue tomada en cuenta para realizar la elección.

Para la Sala resulta claro que los presupuestos exigidos por la C.N. no fueron tenidos en cuenta por cuanto el principal requisito para elegir el funcionario en cuestión es hacerlo de la terna y quien resultó elegido no hacía parte de ella por lo que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

La situación en cuestión no puede ser avalada por una supuesta buena fe administrativa pues de lo que se trata es de verificar los pasos exigidos para que una elección se considere válida, circunstancia que la excluye.

Puede que la buena fe administrativa libere al Concejo Municipal de una acusación de fraude en la elección pero no deja a salvo de la anulación a la elección, que conforme a lo anterior debe ser anulada.

La Sala considera, al igual que lo hizo el Tribunal y la señora Procuradora colaboradora, que la revocación de un acto administrativo es aspecto que no tiene en este caso relación con el negocio que se discute.

En este orden de ideas, la Sala considera del caso confirmar la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

SECCIONQUINTA

FALLA:

Confirmar la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de la fecha de dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL - Inhabilidades / CONTRATO / ANALOGIA -Imprudencia/NULIDADELECTORAL-Imprudencia

Del artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 se deduce claramente que la inhabilidad se genera siempre que quien resulta elegido haya sido contratista del municipio dentro de un término dado. La norma en razón de su naturaleza no permite su interpretación analógica o por extensión. Quiere decir lo anterior que los eventos no previstos por dicha disposición no pueden considerarse cobijados por la misma. Sólo se puede aplicar la norma cuando quien resulta elegido como concejal ha sido contratista del municipio o de sus entidades descentralizadas durante el término que la misma prevé. De lo anterior se deduce claramente que en el presente caso en el cual lo que se alega es la contratación por interpuesta persona, la disposición invocada como infringida no es aplicable.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0858.

Actor: Michel J. Simar.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 3 de septiembre de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca anuló la elección del señor Luis Alfonso Castillo Bedoya como concejal del Municipio de Palmira por el período 1992-1994, demandada en propio nombre por el doctor Michel J. Simar.

La parte actora relata los siguientes hechos:

SECCION QUINTA

El doctor Luis Alfonso Castillo Bedoya fue elegido concejal de Palmira por el período 1990-1992.

Durante ese tiempo se adjudicaron por la Administración Municipal, entre otros, los siguientes contratos:

El número 31 en el cual figura como contratista el ingeniero Adolfo León Flórez Parra celebrado el 8 de noviembre de 1990, cuyo objeto era la restauración del teatro municipal.

El número 020 del 11 de marzo de 1991, adjudicado a Alberto Reyes Echeverry, cuyo objeto era reparar la escuela del corregimiento de Barrancas de Palmira.

El 17 de julio de 1991, el Alcalde firmó un otrosí al contrato número 020, ya citado, y se amplió la vigencia de las pólizas al 7 de julio de 1994.

La señora Rubiela Valero Cervera es esposa o compañera permanente del Concejal Castillo y ambos residen en la diagonal 28 número D60-35 de Palmira.

El contratista Alberto Reyes Echeverry ha consignado en la cuenta número 458-06592-7 del Banco de Bogotá de la señora Rubiela Valero Cervera, cheques girados por la Administración por pago de obras.

En las pólizas de cumplimiento los contratistas Alberto Reyes Echeverry y Adolfo León Flórez Parra informaron como dirección la Diagonal 28 número D60-35, la misma del concejal Castillo, según informa la señora Rubiela Valero en el formulario de apertura de la cuenta corriente antes citada.

La Procuraduría Regional del Valle viene investigando los hechos y establece que la ejecución del contrato se estaba haciendo en forma indirecta por lo que se estaba incurriendo en una posible incompatibilidad o inhabilidad y la presunción de una relación profesional entre el concejal y el contratista. El concejal Castillo se presentó como aspirante y fue elegido por un nuevo período (1992-1994), cuando está inhabilitado conforme al artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 19 de la Ley 53 de 1990.

El concejal cuya elección se demanda se hizo parte en el juicio por intermedio de apoderado y en el escrito de contestación de la demanda rechaza la investigación de la Procuraduría y manifiesta que los señores Adolfo León Flórez y Alberto Reyes Echeverry son contratistas del municipio, que obran bajo su responsabilidad, que adelantaron sus correspondientes obras (que tienen interventoría) y que nunca dieron información ante la Procuraduría.

En cuanto a los cheques manifiesta que no aparece en autos que la beneficiaria de los mismos recibe y hace préstamos sin conexidad legal con el elegido y por esta razón figura la dirección de doña Rubiela.

En cuanto a la dirección que aparece en las pólizas, considera que la misma es un factor secundario siendo el principal el correspondiente al fiador o garante, que no es ni el Concejal ni su esposa.

Habla de un tercer contrato en el cual la Administración Municipal debió multar al arquitecto por incumplimiento y se pregunta si se está también culpando al concejal en cuestión por dicha situación.

El Tribunal del Valle del Cauca por sentencia de 3 de septiembre de 1992, declaró la nulidad de la elección por considerar que el elegido estaba incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por estimar que hubo por parte del concejal, contratación por interpuesta personal, para lo cual analizó las pruebas obrantes en el expediente.

La parte demandada apeló la anterior sentencia por cuanto considera que no está incurso en la inhabilidad alegada.

Explica que no hay la más mínima prueba de participación suya en la adjudicación de los contratos y señala que el Tribunal toma como base de la sentencia indicios que no son graves ni concurrentes y que, examinados en su conjunto, no llevan a la conclusión final a que llega el Tribunal pues no se deduce la celebración de contratos por intermedio de contratistas.

Explica que no puede ser un indicio grave la amistad y tampoco la apertura de cuentas corrientes que no pasa de ser un elemento circunstancial, como tampoco considera un indicio la relación de pareja ni el manejo de la cuenta corriente. La investigación de la Procuraduría, agrega, puede ser apelada por lo cual tampoco es materia determinante del fallo dictado, que solicita se revoque.

La señora Procuradora Octava en su vista de fondo solicita se revoque la providencia dictada por el Tribunal con base en los siguientes fundamentos:

La causal de inhabilidad alegada es la prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 que consiste en ser contratista del municipio durante los dos años anteriores a la elección.

Esta situación, diferente a la prevista en el artículo 88 *ibidem*, no se configura en el presente caso por cuanto la calidad en cuestión por parte del concejal no aparece demostrada.

SECCION QUINTA

Considera que la sanción por aplicar en el caso en que aparezca demostrada la contratación por interpuesta persona no es la nulidad de la elección.

En relación con la violación del artículo 19 de la Ley 53 de 1990 la Procuradora Delegada considera que la norma en cita no es aplicable al caso por cuanto no establece inhabilidades para ser elegido concejal.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer de la apelación propuesta conforme a lo previsto en los artículos 129 y 132-4 del C.C.A. (modificado por el artículo 1º del Decreto 597 de 1988), según documento visible a fl. 9.

La providencia apelada deberá ser revocada por las siguientes razones:

La norma que se invoca como infringida es del siguiente tenor:

“Los miembros del Concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público”.

De la anterior transcripción se deduce claramente que la inhabilidad se genera siempre que quien resulta elegido haya sido contratista del municipio dentro de un término dado.

La norma en razón de su naturaleza no permite su interpretación analógica o por extensión. Quiere decir lo anterior que los eventos no previstos por la anterior disposición no pueden considerarse cobijados por la misma.

Comparte la Sala la apreciación de la señora Procuradora colaboradora en cuanto a que sólo se puede aplicar la norma cuando quien resulta elegido como concejal ha sido contratista del municipio o de sus entidades descentralizadas durante el término que la misma prevé.

De lo anterior se deduce claramente que en el presente caso en el cual lo que se alega es la contratación por interpuesta persona, la disposición invocada como infringida no es aplicable.

Para llegar a la decisión adoptada por el Tribunal éste debió apelar a una norma distinta de la citada como infringida, que por lo mismo no era susceptible de análisis y que, además, no establece una inhabilidad para ser elegido como Concejal, como tampoco lo es el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, que aparece mencionada en el libelo, aunque no explicada en cuanto a la forma en la cual se considera infringida y que por lo mismo no es del caso analizar más a espacio.

Para la Sala es claro que la elección no es susceptible de ser anulada ni con base en las disposiciones ni por las razones que se aducen en la demanda, que si bien pueden dar lugar a investigación y a sanción, de comprobarse los hechos alegados, no constituyen causal de inhabilidad para quien resultó elegido por lo cual debe revocarse la sentencia del Tribunal y en su lugar denegarse las peticiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

RECURSO DE APELACION - Oportunidad / PROCESO ELECTORAL / RECURSO DE APELACION -Ex-temporaneidad

Dentro de las normas que regulan el trámite del proceso especial electoral, el artículo 250 del C. C. A. prevé que aquellos que son susceptibles de doble instancia, cuentan con dos oportunidades en las que el interesado puede interponer el recurso de apelación y éstas son, el acto de notificación de la sentencia, dentro de los dos días siguientes al cumplimiento de esa diligencia. Luego, en toda circunstancia y para efectos del recurso mencionado, el a quo tiene el deber de sujetarse a la exigencia legal determinada en la aludida disposición especial. El a quo no tomó en cuenta el informe en el que el secretariado de esta Corporación dio cuenta de que el apoderado del actor presentó el escrito contentivo del recurso de apelación al tercer día de notificada la sentencia. También desatendió la exigencia que en relación con la oportunidad de la alzada establece el artículo 250 del C. C. A. y que a su vez constituye prerrequisito para su concesión.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0861.

Actor: Abdiel Edgardo Hernández Solarte.

APELACION SENTENCIA

Sería la oportunidad para decidir el recurso de apelación citado en la referencia, de no observarse, el hecho impeditivo al que la Sala se refería seguidamente.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia calendada el 16 de septiembre de 1992 (fls. 141-144, cdno. ppal.), el Tribunal Administrativo de Sucre denegó las súplicas de la demanda, disponiendo además que una vez estuviera ejecutoriado el fallo, se archivaría el expediente.

El proveído en cuestión, se notificó conforme lo prevé el artículo 245 del C. C. A., por medio de edicto que permaneció fijado entre el 22 y el 24 de septiembre de 1992 (fls. 144 vto., 145 y 145 vto. cdno. ppal.); dentro del último de los tres días hábiles -posteriores a dicha diligencia- el apoderado del actor, presentó recurso de apelación contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre (fl. 146 vto. cdno. ppal.).

Al considerar que era procedente, mediante auto calendado el 7 de octubre de 1992, el Tribunal *a quo* concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación aludido (fl. 148, cdno. ppal.).

Admitido el recurso, se agotó el trámite, que para la segunda instancia señala el artículo 251 del C. C. A. (fls. 152-162, cdno. ppal.).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El título XXVI del C. C. A., señala cuáles son los procesos contenciosos especiales, entre los que figura el electoral, cuyo trámite procesal está gobernado, tanto en primera como en segunda instancia, por reglas especiales cuya aplicación prevalece, frente, no sólo a aquellos preceptos de carácter general que rigen el proceso contencioso ordinario (art. 206 C. C. A.), sino a las disposiciones supletorias, contenidas en la codificación procesal civil, a las que tan sólo ha de acudir, tratándose de aspectos no contemplados en el C. C. A. (art. 267 C. C. A.).

Dentro de las normas que regulan el trámite del proceso especial electoral, el artículo 250 del C. C. A., prevé que aquellos que, como el presente, son susceptibles de doble instancia (art. 29, L. 78/86), cuentan con dos oportunidades en las que el interesado puede interponer el recurso de apelación y éstas son, el acto de notificación de la sentencia o, dentro de los dos días siguientes al cumplimiento de esa diligencia. Luego, en toda circunstancia y para efectos del recurso mencionado, el *a quo* tiene el deber de sujetarse a la exigencia legal determinada en la aludida disposición especial, cuyo texto es del siguiente tenor literal:

SECCION QUINTA

“Apelación. Si el proceso tiene dos instancias, podrá intentarse el recurso de apelación en el acto de la notificación o dentro de los dos días siguientes. La apelación de la sentencia se concederá por el tribunal en el efecto suspensivo.

“Contra el auto que concede la apelación no cabrá ningún recurso; deberá notificarse por estado y remitirse el expediente por el inmediato correo”.

Aplicando lo dicho antes al caso a estudio, la Sala encuentra que la sentencia recurrida, le fue notificada personalmente al señor Procurador Judicial 44, el 18 de septiembre de 1992 (fl. 144 vto.), es decir, dos días después de su expedición; transcurrió uno más (21 de septiembre de 1992) y por medio de edicto se notificó a las partes (22, 23 y 24 de septiembre, fls. 144 vto., 145 y 145 vto.) y como el recurso no se interpuso en el término de fijación del edicto, sólo quedaban para hacerlo, los días 25 y 28 siguientes, pese a lo cual el recurrente presentó el memorial sustentario de la alzada, el 29 de septiembre de 1992, o, lo que es igual, un día después de vencido el término legal.

El juzgador *a quo* no tomó en cuenta el informe visible al folio 147 del expediente, en el que el Secretario de esa Corporación dio cuenta de que el apoderado del actor presentó el escrito contentivo del recurso de apelación al tercer día de notificada la sentencia. También desatendió la exigencia que en relación con la oportunidad de la alzada, establece el artículo 250 del C. C. A. y que a su vez constituye pre-requisito para su concesión.

Pero como ni la inadecuada concesión de la alzada, ni su ulterior admisión y subsiguiente trámite, obligan al *ad quem* a pronunciarse de fondo cuando hay de por medio la interposición extemporánea a que se hizo mención, esta Sala se abstendrá de pronunciarse sobre los motivos de inconformidad expresados por el impugnador, contra la sentencia de primera instancia.

Sin que sea necesaria consideración adicional, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Inhíbese para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, el 16 de septiembre de 1992.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / TAXATIVIDAD / ANALOGIA - Improcedencia

Los hechos que constituyen nulidad deben estar expresamente previstos en la ley. No toda irregularidad, omisión o vicio en el desarrollo del proceso electoral pueden configurar una nulidad, ya que el régimen de nulidades es taxativo, de derecho estricto, de interpretación y aplicación restringidas, las nulidades no pueden surgir de un proceso de extensión analógica, ni ser creadas jurisprudencialmente. El artículo 223 del C. C. A. tal como fue modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 modificado a su vez por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 plantea, en forma taxativa, las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral. Como los hechos narrados en la demanda y las normas invocadas no encuadran dentro de las previstas como causales de nulidad y teniendo en cuenta que el juez administrativo no puede tomar en consideración como normas transgredidas otras diferentes de las citadas en la demanda o en su adición o corrección oportuna, la Corporación considera que el cargo no puede prosperar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Ref.: Expediente número 0878.

Actor: Lázaro Rafael Esquivia Guzmán.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 21 de septiembre de 1992 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba denegó las pretensiones de la demanda, mediante

la cual se solicitó la nulidad de la elección del señor Morgan Ignacio Jiménez Bula como concejal del Municipio de Cereté, Córdoba, para el período comprendido entre 1992-1994.

Como consecuencia de lo anterior, se realice un nuevo escrutinio, excluyendo los votos nulos, para declarar electo al que resulte legítimamente elegido y se le expida su respectiva credencial.

El demandante invocó como infringidas las siguientes disposiciones: artículo 258 de la Constitución Nacional, los artículos 1º y 3º del Decreto 2241 de 1986, el artículo 1º de la Ley 96 de 1985, el artículo 250 del C. P. y la Ley 6ª de 1990.

Manifiesta el actor que el día 4 de febrero de 1992 se inscribió una lista de candidatos al Concejo de Cereté, encabezada por la señora Lila Padilla Petro, actuando como inscriptores Morgan Ignacio Jiménez Bula, Angel Alvaro Jiménez Villegas y Cledys del Carmen Castellanos Vanegas. El 22 de febrero del mismo año, sin hora establecida, los señores Angel Alvaro Jiménez Villegas y Cledys del Carmen Castellanos Vanegas modificaron esta lista, reemplazando a la cabeza de lista por Morgan Ignacio Jiménez Bula y el renglón 03 por Alberto Miguel Vélez Ramos, a pesar de que el Registrador de esta localidad advirtió verbalmente que los renglones cabeza de lista no eran susceptibles de modificación por decisión de la Registraduría Nacional relacionada con el tarjetón. Además, las firmas de Jiménez Bula, en los formularios E-9 y E-11, son completamente diferentes. Este cambio se mantuvo en silencio y en el tarjetón apareció la señora Lila Padilla Petro. Se maniobró a la ciudadanía a votar por una candidata no inscrita y así obtener votos en favor de otro. Se violó el derecho de los ciudadanos a que, en las elecciones figure su voluntad, alterándose así el deseo popular.

Mediante auto fechado el treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), el Tribunal Administrativo de Córdoba admitió la demanda (fl. 23).

A folio 27, se encuentra la contestación de la demanda por parte del señor Morgan Ignacio Jiménez Bula, oponiéndose a las pretensiones del libelo, por considerar que la inscripción y modificación de las listas de aspirantes a corporaciones públicas o a cualquier cargo de elección popular son hechos abiertamente públicos, a los cuales tiene acceso cualquier ciudadano. Esto implica que todas sus actuaciones fueron de conocimiento popular y en ningún momento se engañó a los electores.

SECCION QUINTA

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Córdoba, por sentencia del 21 de septiembre de 1992, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

- Las causales de nulidad son de creación legal y de carácter taxativo, no pudiendo ser creadas por vía jurisprudencial, ni extendidas a hechos no previstos por la ley en forma expresa.

- Las causales de nulidad están consagradas en el artículo 223 del C. C. A. y no toda irregularidad, vicio, omisión o informalidad puede generar una nulidad.

- Dado el carácter de contencioso especial de anulación de la acción electoral, que impone la obligación de analizar únicamente los motivos de violación alegados por el actor y las normas citadas por éste, no es viable declarar procedente las pretensiones de la demanda ya que el artículo 258 de la C.N. no constituye causal de nulidad (fls. 69 a 75).

EL RECURSO DE APELACION

Mediante escrito presentado el 1º de octubre de 1992, el señor Lázaro Esquivia Guzmán presentó recurso de apelación, argumentando las siguientes razones:

- La providencia del Tribunal desconoce la prueba de los hechos que demuestran las maniobras engañosas que fueron efectuadas en las elecciones de concejales para el Municipio de Cereté, resultando violentada la voluntad del elector al creer que elegía al candidato del tarjetón, sin saber que éste había sido modificado.

- Se ignoró el elemental principio de la "eficacia del voto", consagrado en el artículo 1º, numeral 3º del Código Electoral, en el sentido de que todo candidato debía ser identificado de manera plena por el elector. Todo esto sin perjuicio del hecho punible cometido según el artículo 250 del Código Penal Colombiano (fl. 77).

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, mediante concepto fechado el 28 de enero de 1993, solicita la confirmación de la sentencia recurrida por considerar que el artículo 258 de la C.N. no tiene relación con los hechos planteados en la demanda, sino que establece sólo un mecanismo de votación para otorgar más garantías al libre ejercicio del sufragio. El actor

no citó causal alguna de nulidad en apoyo de sus pretensiones. Además, las irregularidades en la inscripción de candidatos a elección popular dan motivo a reclamación por la vía gubernativa y no es cuestionable por esta jurisdicción (fls. 90 a 95).

CONSIDERACIONES

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto por el artículo 132-4, en concordancia con los artículos 131-2 y 129 del C. C. A., y según documento que obra a folio 20.

EL FONDO DEL NEGOCIO

En primer lugar, la Sala debe aclarar que los hechos que constituyen nulidad deben estar expresamente previstos en la ley. No toda irregularidad, omisión o vicio en el desarrollo del proceso electoral pueden configurar una nulidad, ya que el régimen de nulidades es taxativo, de derecho estricto, de interpretación y aplicación restringidas. Las nulidades no pueden surgir de un proceso de extensión analógica, ni ser creadas jurisprudencialmente.

Ahora bien, el actor solicita que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró elegido concejal el señor Morgan Ignacio Jiménez Bula.

Para fundamentar esta petición invocó como violado el artículo 258 de la Constitución Nacional que a la letra dice:

“El voto es un derecho y un deber ciudadano. En todas las elecciones los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación, con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos”.

Como se puede observar, este artículo no consagra una causal de nulidad de las previstas por la ley, sino que establece una serie de exigencias que se deben cumplir en una jornada electoral.

El artículo 223 del C. C. A. tal como fue modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 modificado a su vez por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 plantea, en forma taxativa, las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral y son las siguientes:

SECCION QUINTA

“1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

“2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

“3. Cuando aparezcan que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

“4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

“5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

“6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio, sino los votos del candidato o candidatos, en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición”.

Como los hechos narrados en la demanda y las normas invocadas no encuadran dentro de las previstas como causales de nulidad y teniendo en cuenta que el juez administrativo no puede tomar en consideración como normas transgredidas otras diferentes de las citadas en la demanda o en su adición o corrección oportuna, la Corporación considera que el cargo no puede prosperar.

En lo que hace referencia a las otras normas citadas como transgredidas, a saber, artículos 1º y 3º del Decreto 2241 de 1986, artículo 1º de la Ley 96 de 1985, artículo 250 del C. P. y Ley 6 de 1990 es claro que éstas se refieren al objeto y desarrollo de las elecciones, y buscan preservar la pureza del sufragio y que se acoja y respete la voluntad popular. Sin embargo, ninguna de ellas establece causales de nulidad, por lo que el cargo debe recibir despacho desfavorable.

Así las cosas la Sala concluye que la sentencia apelada debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada

en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 21 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres.

*Amado Gutiérrez Velásquez, Mirén de la Lombana de Magyaroff,
Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viena Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

IMPEDIMENTO - Causales / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / ANALOGIA - Improcedencia / CONCEPTO EXTRAJUDICIAL - Inexistencia

El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica. El impedimento que surge del numeral 12 del artículo 150 del C. de P. C., dice relación al "consejo o concepto" que el juez o magistrado da fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, e implica, necesariamente, que la opinión del juzgador debe expresarse de manera cierta, real y trascendente, es decir, y en referencia con esto último, que salga de su fuero interno, de su opinión íntima y secreta para manifestarse unívoca y positivamente en el mundo externo. El verbo rector que preside la frase "dar consejo o concepto", es transitivo y por consiguiente expresa una acción que pasa del sujeto al complemento. Requiere en consecuencia, un actuar, un accionar que rebase la esfera íntima y privada del sujeto y se exprese claramente hacia el exterior, evidenciándose en un juicio de opinión anticipados sobre el negocio que el juzgador conoce o ha venido conociendo, que por su magnitud y significación jurídica viole o tenga la potencialidad de transgredir el principio de imparcialidad connatural a la sagrada misión de administrar justicia. Para la Sala es claro que el impedimento alegado no se configuró, pues sus opiniones sobre las cuestiones o materias del proceso, si acaso existieron y no se manifestaron en el escrito excusatorio, jamás trascendieron su fuero íntimo, sin producir la perturbación social actual o potencial que pueda considerarse

como suficiente para alterar la imparcialidad exigida y necesaria para impartir justicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número 0957.

Actores: Ferney Celis López y otros.

En escrito fechado el día 5 del mes en curso, recibido en este Despacho el 8 del mismo mes, el honorable Consejero doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía, a quien por reparto correspondió el adelantamiento del proceso de la referencia, expresó su voluntad de separarse del conocimiento del mismo por el hecho “de haber tomado parte en la Sala Plena del Consejo de Estado celebrada el día 11 de noviembre de 1992, en la cual se integraron las ternas de los aspirantes a la magistratura en la Corte Constitucional, que debían enviarse al Senado de la República, para que este organismo llevara a cabo su elección”.

Invoca como causal de impedimento la prevista en el numeral 12 del artículo 150 del C. de P. C., aplicable por remisión que hace el artículo 160 del C. C. A., que es del siguiente tenor:

“Artículo 150. Modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º numeral 88.

Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

...

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo”.

Las causales de impedimento y recusación -unas mismas para las dos instituciones-, tienen como objetivo primordial obtener la separación del conocimiento de un asunto en particular al juez o magistrado en quien concurra y se comprueba la presentación de alguna de ellas.

La finalidad es proveer a la sociedad de una justicia independiente, equitativa e imparcial que asegure que esta función pública correspondiente al Estado sea prestada bajo los rigores de estos principios tutelares y en forma rápida y eficaz.

SECCIONQUINTA

El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica.

Así lo ha venido señalando en forma reiterada la jurisprudencia del país, en los siguientes términos:

“Las causales de recusación, que son las mismas que justifican la excusación del fallador, deben tener y en efecto tienen índole claramente taxativa o restringida...”.

“Como las normas regulativas de la competencia de los funcionarios judiciales son de orden público, su interpretación es restrictiva y por lo mismo de imposible aplicación por vía analógica...” (Casación Civil, 19 de noviembre de 1975).

El impedimento que surge del numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, dice relación al “consejo o concepto” que el juez o magistrado da fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, e implica, necesariamente, que la opinión del juzgador debe expresarse de manera cierta, real y trascendente, es decir, y en referencia con esto último, que salga de su fuero interno, de su opinión íntima y secreta para manifestarse unívoca y positivamente en el mundo externo.

El verbo rector que preside la frase “dar consejo o concepto” es transitivo y por consiguiente expresa una acción que pasa del sujeto al complemento. Requiere, en consecuencia, un actuar, un accionar que rebase la esfera íntima y privada del sujeto y se exprese claramente hacia el exterior, evidenciándose en un juicio u opinión anticipados sobre el negocio que el juzgador conoce o ha venido conociendo, que por su magnitud y significación jurídica viole o tenga la potencialidad de transgredir el principio de imparcialidad connatural a la sagrada misión de administrar justicia.

En el caso *sub examine*, para la Sala es claro que el impedimento alegado por el honorable Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía no se configuró, pues sus opiniones sobre las cuestiones o materias del proceso 0957 en el que es actor Ferney Celis López y otros, si acaso existieron y no se manifestaron en el escrito excusatorio, jamás trascendieron su fuero íntimo, sin producir la perturbación social actual o potencial que pueda considerarse como suficiente

para alterar la imparcialidad exigida y necesaria para impartir justicia. Sus expresiones son tan sólo fruto de un ponderado celo en el ejercicio de sus funciones; que no pueden conformar un motivo concreto y real de impedimento en los términos previstos por la ley.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

No aceptar el impedimento manifestado por el honorable Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía, en relación con el proceso número 0957 en el que son actores Ferney Celis López, Ciro Hernán Castro Rodríguez y Omar Hernán Benavidez Calderón.

En firme la presente providencia devuélvase el expediente para que prosiga la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SECCION QUINTA

El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica.

Así lo ha venido señalando en forma reiterada la jurisprudencia del país, en los siguientes términos:

“Las causales de recusación, que son las mismas que justifican la excusación del fallador, deben tener y en efecto tienen índole claramente taxativa o restringida...”.

“Como las normas regulativas de la competencia de los funcionarios judiciales son de orden público, su interpretación es restrictiva y por lo mismo de imposible aplicación por vía analógica...” (Casación Civil, 19 de noviembre de 1975).

El impedimento que surge del numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, dice relación al “consejo o concepto” que el juez o magistrado da fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, e implica, necesariamente, que la opinión del juzgador debe expresarse de manera cierta, real y trascendente, es decir, y en referencia con esto último, que salga de su fuero interno, de su opinión íntima y secreta para manifestarse unívoca y positivamente en el mundo externo.

El verbo rector que preside la frase “dar consejo o concepto” es transitivo y por consiguiente expresa una acción que pasa del sujeto al complemento. Requiere, en consecuencia, un actuar, un accionar que rebase la esfera íntima y privada del sujeto y se exprese claramente hacia el exterior, evidenciándose en un juicio u opinión anticipados sobre el negocio que el juzgador conoce o ha venido conociendo, que por su magnitud y significación jurídica viole o tenga la potencialidad de transgredir el principio de imparcialidad connatural a la sagrada misión de administrar justicia.

En el caso *sub examine*, para la Sala es claro que el impedimento alegado por el honorable Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía no se configuró, pues sus opiniones sobre las cuestiones o materias del proceso 0957 en el que es actor Ferney Celis López y otros, si acaso existieron y no se manifestaron en el escrito excusatorio, jamás trascendieron su fuero íntimo, sin producir la perturbación social actual o potencial que pueda considerarse como suficiente

para alterar la imparcialidad exigida y necesaria para impartir justicia. Sus expresiones son tan sólo fruto de un ponderado celo en el ejercicio de sus funciones; que no pueden conformar un motivo concreto y real de impedimento en los términos previstos por la ley.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

No aceptar el impedimento manifestado por el honorable Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía, en relación con el proceso número 0957 en el que son actores Ferney Celis López, Ciro Hernán Castro Rodríguez y Omár Hernán Benavidez Calderón.

En firme la presente providencia devuélvase el expediente para que prosiga la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / DOMICILIO / RESIDENCIA / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia

Si bien existe la restricción contenida en el artículo 316 de la Carta el evento no fue consagrado como causal de nulidad del acto de elección, ni estructura ninguna de las causales señaladas en el artículo 223 del C. C. A. cuya taxatividad no permite la creación de nuevos casos, ni la declaración de otros por vía de interpretación, como lo insinúa el apelante. Según se desprende de la norma transcrita su finalidad es la de evitar, bajo sanción que en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales, intervengan personas no residentes en la municipalidad a la cual corresponda la elección de dichas autoridades; y no establecer una causal de nulidad especial que venga a sumarse a las taxativamente señaladas en el artículo 223 del C. C. A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0849.

Actor: Carlos Caballero Baena.

Se resuelve el recurso de apelación, interpuesto oportunamente (fls. 145-147), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 7 de septiembre de 1992 (fls. 128-144).

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en su propio nombre, el abogado Carlos Caballero Baena, demandó del Tribunal Administrativo del Tolima, la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección

del señor Jorge Enrique Palma Lugo, como Alcalde Popular del Municipio de Valle de San Juan, Tolima, para el período 1992-1994.

Con consecuencia de dicha declaración, hizo las siguientes solicitudes: la realización de un nuevo escrutinio, con exclusión de los votos depositados en las mesas de votación números 1 a 8, de la cabecera municipal y 1 y 2 de la Inspección de Policía de Buenavista Baja; la comunicación de la respectiva sentencia al Gobernador del Departamento del Tolima, a los Delegados del Registrador Nacional y al Registrador Municipal de Valle de San Juan; finalmente, solicitó la cancelación de la credencial que acredita al señor Palma Lugo, la calidad de Alcalde del municipio referido y en su lugar, declarar electo al ciudadano Francisco José Bonilla Marín.

2. El actor estima que con el acto impugnado, se transgredieron las siguientes disposiciones: artículos 316 de la Carta, 17 de la Ley 96 de 1985; 1-1-4, 76 y 77 del Código Electoral -con la modificación introducida por el artículo 7º de la Ley 6ª de 1990-, 77 y 78 del C.C.; 232-2 del C.C.A., -con la modificación introducida por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988-, y 1º y 4º de la Ley 2ª de 1992.

El demandante sostiene, que en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, no fueron los ciudadanos residentes del Valle de San Juan, sino los trashumantes, quienes decidieron y determinaron la escogencia del alcalde, según puede inferirse al comparar la relación de ciudadanos inscritos, con la lista de sufragantes y el registro de votantes, el hecho referido -agrega- viola ostensiblemente los artículos 316 de la Constitución Nacional y 1-4 del Código Electoral y para apoyar esta última afirmación, cita la sentencia calendada el 27 de marzo de 1987, con ponencia del doctor Carmelo Martínez Conn, expediente número 017, en la parte que expresa: "...cuando se toman en cuenta votos emitidos en contravención con los principios sustantivos de la Constitución Política y de la ley electoral, se incurre en causal...", (causal) que en el *sub judice* no es otra, que la enunciada en el numeral 2º del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, modificatorio del artículo 233 del C.C.A., ya que al haberse incluido en el censo electoral y contabilizado, en las actas de los jurados, los votos correspondientes a las mesas impugnadas, en las que sufragaron ciudadanos que expresamente tenían limitado su derecho, se concluye que el registro es falso o apócrifo, precisamente, por ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación.

Considera que las inscripciones realizadas con violación del artículo 17 de la Ley 96 de 1985, hacen apócrifos o falsos los registros electorales, por lo que

SECCION QUINTA

en su sentir, dichas inscripciones no pueden producir efecto alguno, no sólo con quienes se inscribieron, sino también con quienes votaron sin ser residentes en el municipio en mención. Estos hechos y situaciones son demostrables al confrontar las cédulas de ciudadanía inscritas para las elecciones del 8 de marzo de 1992, con la lista de sufragantes y el registro de votantes, correspondientes a las mismas elecciones y relativas a las mesas referidas.

La circunstancia de que los jurados y la comisión escrutadora municipal computaron los votos espúrios, depositados en las mesas de votación impugnadas, condujo a declarar que fue el señor Jorge Enrique Palma Lugo, quien obtuvo la mayoría de los sufragios. De esta manera fue desconocida la invalidez de la mayor parte de ellos.

Cuando el artículo 4º de la Ley 2ª de 1992 indica que se declarara electo alcalde al candidato que obtenga la mayoría de los sufragios, se refiere a la mayoría que se obtiene mediante el sometimiento a las normas procedimentales electorales contempladas en la Constitución y en la ley, pero, en este caso, la declaratoria sobre la mayoría de sufragios estuvo precedida de una serie de situaciones que constituyen violación de las normas que rigen la materia electoral.

Concluye, entonces, que siendo ficticia la mayoría de votos lograda por el candidato Palma, resulta nula la declaratoria de su elección.

3. Por conducto de apoderado al efecto constituido, el demandado contestó el libelo expresando su definitiva oposición a la declaratoria de nulidad del acto impugnado, refiriéndose en forma separada a las declaraciones, a los hechos, a los fundamentos de las normas que se invocaron como violadas y a las pruebas solicitadas por el actor (fls. 59-63).

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda y dispuso además que se compulsaran copias, a fin de que se investigara la posible conducta punible por infracciones contra el sufragio y falso testimonio de los 37 sufragantes descritos en la parte considerativa de la sentencia recurrida.

Observó el *a quo*, que para resolver la causal de nulidad señalada en el artículo 223-2 del C.C.A. era necesario recordar los conceptos jurisprudenciales sobre lo falso y lo apócrifo sentados por esta Corporación, según los cuales, el primero debe entenderse como la alteración o la mutación de la verdad hecha con dolo en perjuicio de otros; y el segundo, como la invención fabulosa,

adulteración o desfiguración de la verdad electoral, pero sin la intención de engañar. La falsedad es un delito y puede ser material o ideológica, presenta diversas modalidades tales como la formación o imitación de un objeto o documento, la imitación de un objeto o documentos inexistentes o la alteración de uno auténtico. Lo apócrifo que constituye infracción penal, conlleva de todas maneras a simular u ocultar lo real, es decir, lo verdadero.

Partiendo de los conceptos referidos, el Tribunal dijo que los votantes del 8 de marzo de 1992, mencionados por el accionante, se inscribieron cumpliendo los requisitos legales y que no habiendo prueba de su no presentación en el lugar de la inscripción, ni de que la impresión de la huella del dedo índice derecho no correspondiera al mismo (fl. 41, cdno. No. 2), acataron lo preceptuado en el artículo 78 del C.E.

El *a quo*, encontró que fueron 37 los ciudadanos no residentes en el Municipio de Valle de San Juan los que depositaron su voto para alcalde en las elecciones del 8 de marzo de 1992, con lo cual infringieron el artículo 316 de la Constitución Nacional, conducta ésta que, conforme lo prevé el artículo 1º de la Ley 2ª de 1992, acarrea sanciones legales, porque se entiende que al votar, declararon bajo juramento residir en el respectivo municipio; sin embargo, este es un hecho que no determina lo falso o apócrifo del registro electoral, ni de los elementos que sirvieron para su conformación, como tampoco conduce a la nulidad del acta parcial de escrutinio que declaró electo al señor Jorge Enrique Palma Lugo, ya que el hecho en cuestión no falsea, no altera, ni va contra la existencia de las listas de ciudadanos inscritos ni la de sufragantes y registro de votantes.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El actor solicita que se revoque la sentencia impugnada y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual expone los argumentos que seguidamente se resumen:

El logro de la pureza del sufragio mediante la depuración de las malsanas costumbres electorales que campean en nuestro país, se aleja más con la expedición del fallo recurrido, pues en él, palmariamente se acepta que en el proceso quedó demostrado que para las elecciones del 8 de marzo de 1992 un determinado número de ciudadanos sufragó en el Municipio de Valle de San Juan, Tolima, sin ser residentes de su territorio, es decir, transgredieron el artículo 316 de la Carta; no obstante, el Tribunal del Tolima denegó las pretensiones de la demanda aduciendo que el hecho no falsea, no altera ni va contra la existencia de la lista de ciudadanos inscritos y lista de sufragantes y

SECCIONQUINTA

registro de votantes, pero sin consecuencias, en cuanto concierne a la pureza del sufragio, porque a juicio del fallador de primera instancia, tal conducta prohibitiva no se encuentra tipificada como causal de nulidad electoral.

Si como lo sostiene la sentencia recurrida, por falso y apócrifo ha de entenderse “la alteración o mutación de la verdad” y la “invención fabulosa, adulteración o desfiguración de la verdad” debe concluirse que tales situaciones se presentan en el *sub judice* pues, si personas no residentes en el Municipio del Valle de San Juan, a sabiendas, inscribieron sus células para sufragar allí, con tal proceder alteraron la verdad electoral ya que por mandato legal, esas inscripciones anotadas en el formulario E-4, son llevadas a la “lista de sufragantes y registro de votantes” (F.E.-15) y al depositar tales ciudadanos inscritos, sus votos, sin tener derecho constitucional ni legal para ello, sin duda desfiguraron la verdad electoral. Y agrega, que si la lista de inscritos se formó con ciudadanos que no tenían derecho por mandato constitucional a depositar su voto en las elecciones para alcalde del citado municipio, debe concluirse que esas inscripciones fraudulentas introdujeron factores de apocricidad o falsedad en los registros electorales.

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, solicita la confirmación de la sentencia recurrida al considerar que el sufragio depositado por ciudadanos residentes en el Municipio de Valle de San Juan, Tolima, para la elección de sus autoridades locales, puede constituir una irregularidad, mas no la apocricidad o falsedad, señalada en el artículo 223-2 del C.C.A. Observa, además, que aún configurada la causal de nulidad señalada en la norma referida, no se demostró en el proceso su supuesto fáctico, pues, si bien es cierto que al proceso se allegaron los formularios E-14, E-15 y E-3, también lo es que apenas se acreditó la ocurrencia de los votos mas no de quienes se inscribieron o fueron facultados para sufragar en el Municipio de Valle de San Juan, Tolima.

Por último anota que ni los artículos 316 de la Carta, ni el 1º de la Ley 2ª de 1992, establecen que el hecho referido sea causal de nulidad.

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal en su fallo encuentra plenamente probado el hecho de que los 37 ciudadanos relacionados en la sentencia recurrida no residían en jurisdicción del Municipio del Valle de San Juan y que allí mismo ejercieron su derecho al sufragio. La deducción del *a quo* proviene de las pruebas testimonial y documental allegadas al proceso. La primera de ellas, corresponde a las declaraciones rendidas por Reinaldo Riveros Meneses, Bernardo

Peláez Suárez, Eustaquio Gutiérrez Monroy, Blanca Orfilia Saavedra de Hernández y José María Polanía Rodríguez; la segunda, surge del contenido de constancias expedidas por autoridades del Tolima, en las que ponen de presente la vinculación de algunos electores al sector oficial del departamento.

Analizados los testimonios rendidos, llaman la atención los siguientes hechos:

1.1. La precisión de los deponentes, en la indicación de los nombres y apellidos de personas no residentes en la localidad del Valle de San Juan y a quienes por tal razón no debían conocer.

1.2. Las respuestas evasivas cuando los interrogantes pretendían determinar si los sufragantes, no residentes, tenían algún vínculo con el Valle de San Juan como ejemplo de este hecho, se pueden citar los siguientes apartes: "...es que según entiende la ley es clara, que no son vínculos sino la residencia actual de las personas..." (declaración de Reinaldo Rivero, fl.78), "...de estas personas hay unas que son naturales de allá pero no residen dentro del mismo municipio, que es, pienso yo, el problema que se está dirimiendo en el Tribunal..." (declaración de Bernardo Peláez, fl. 81).

1.3. Los declarantes, en su mayoría personas dedicadas a las actividades agrícolas y ganaderas, se refieren concretamente a los artículos 316 y 1º de la Ley 02 de 1991 (sic) según puede observarse en las siguientes respuestas:

"...Solicito al honorable Magistrado como una solución inmediata para el Municipio del Valle de San Juan, tratar de que todos nos sometamos a Nuestra Nueva Constitución ya que como observé en la Ley 2 de 1991 (sic) de febrero que tanto énfasis hizo la Constitución para la elección locales (sic) de que se tenía que tener en cuenta las residencias de las personas o domicilios, mas no existe ningún concepto sobre residencia electoral..." (declaración de Eustaquio Gutiérrez Monroy, fl. 83); "...Lo que quiero es que se haga justicia porque como la ley ordena se debe votar siempre y cuando tenga vínculos directos con el municipio" (declaración de Orfilia Saavedra, fl. 87); "...de acuerdo con el artículo 316 de la Constitución de 1991 dice claramente que en las decisiones internas de los municipios sólo deben participar las gentes que residan dentro del mismo municipio y en concordancia con la Ley 2ª de 1991 (sic)..." (declaración de Bernardo Peláez Suárez, fl. 80).

La prueba documental visible a folios 92 y 93 del expediente, tan solo establece que los señores Bertha Cecilia Rivero Bonilla y Patricio Eduardo Leyton Murillo, prestan sus servicios al Departamento del Tolima, pero en manera alguna demuestran que los ciudadanos mencionados, residen en un

SECCION QUINTA

lugar diferente al Municipio del Valle de San Juan; y si a lo anterior se suman las observaciones hechas a los testimonios, resulta una base probatoria incierta e insuficiente para dar por demostrados los hechos de la demanda.

Si en gracia de discusión se aceptara que las pruebas testimonial y documental, cuentan con el poder demostrativo necesario para afirmar, sin temor a equivocarse, que 37 ciudadanos no residentes en el Valle de San Juan contribuyeron, con su voto, a la designación de las autoridades locales, tal hecho no alcanza a afectar la validez del acto impugnado, ni da base para declarar la nulidad del mismo, pues, si bien existe la restricción contenida en el artículo 316 de la carta, el evento no fue consagrado como causal de nulidad del acto de elección, ni estructura ninguna de las causales señaladas en el artículo 223 del C.C.A. cuya taxativa no permite la creación de nuevos casos, ni la declaración de otros por vía de interpretación, como lo insinúa el apelante.

En efecto, el numeral 2º del precepto en referencia prevé que las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, son nulas “cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación”, y tal como lo observa el *a quo*, ya en otras oportunidades, esta Sala se ha referido a lo falso y apócrifo como motivos de nulidad, poniendo de presente que la configuración de una y otra excluyen las informalidades detectadas en los registros electorales o en sus antecedentes.

Lo dicho antes, es suficiente para concluir que en este evento no se configuró la causal de nulidad señalada en el artículo 223-2 del C.C.A.

2. Ahora bien, la Ley 2ª de 1992 expedida para las elecciones que se realizaron el 8 de marzo del mismo año, dispuso en su artículo primero lo siguiente:

“...Se entiende que quien vote en las elecciones del 8 de marzo de 1992, declarará bajo juramento residir en el respectivo municipio.

Si falta a la verdad incurre en las sanciones legales”.

Según se desprende de la norma transcrita su finalidad es la de evitar, bajo sanción que en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales, intervengan personas no residentes en la municipalidad a la cual corresponda la elección de dichas autoridades; y no establecer una causal de nulidad especial que venga a sumarse a las taxativamente señaladas en el artículo 223 del C.C.A.

La consecuencia obvia del desconocimiento de esta restricción, cuando quiera que se demuestre, es la aplicación de la sanción correspondiente a quien incurra en ella y no el desconocimiento de la voluntad popular del elector registrada en las urnas a través del voto secreto que impide establecer por vía de inducción por cuál candidato ha sufragado el votante.

En casos como este se debe aplicar el principio de la eficacia del voto consagrado en el artículo 3º del Código Electoral que da prelación a aquella interpretación que otorgue validez al voto que represente la expresión libre de la voluntad del elector.

3. Las demás disposiciones que el actor señala en el libelo como transgredidas con el acto impugnado tampoco constituyen causales de nulidad y por ende no tienen virtualidad para afectar la legalidad del mismo. En efecto, el artículo 17 de la Ley 96 de 1985 se refiere al acto de inscripción de cédulas; el 1-1-4 del Código Electoral, determina los principios de imparcialidad y de la eficacia del voto; los artículos 76 y 77 de la misma preceptiva, tienen que ver con el censo electoral; y los artículos 77 y 78 del Código Civil regulan, en su orden, el domicilio civil y la vecindad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 7 de septiembre de 1992.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Velandia Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL / REGISTRO FALSO / REGISTRO APOCRIFO - Diferencia

El resultado o el registro electoral es nulo, cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en sí mismo considerado, o resulta falso o apócrifo ideológica o materialmente, por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación. En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar, mientras en lo apócrifo no la hay. Lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. La gran diferencia entre estas dos situaciones es el factor subjetivo intencional. Pero en cualquiera de los dos casos debe producirse una alteración de resultados.

DERECHO AL VOTO / OBLIGACION DE VOTAR - Inexistencia/ VOTO EN BLANCO

La Sala debe precisar que el voto es un deber ciudadano, pero no está instituido como una obligación conforme a las normas. Esto quiere decir que se le da la alternativa al sujeto de ejercer o no ese derecho. Por tanto, la persona puede votar, si lo desea, solamente por una corporación o por todas. Lo que no puede pretender el demandante es que si éste no desea votar por una lista de candidatos de determinada corporación, incluya el tarjetón en la urna ya que esto se considera un voto en blanco, que puede no ser la intención del elector y que no es igual a no votar. Además, esta situación debe ser reglamentada y de acuerdo a lo aportado en el expediente, no aparece demostrada la existencia de una reglamentación definitiva.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 26 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff*.

Ref.: Expediente número 0887.

Actor: César Riscos Morán.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor César Antonio Riascos Morán, mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 4 y sustitución de éste a folio 155), y contra la sentencia de septiembre 17 de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena decidió denegar las súplicas de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad del acto por medio del cual se declaró elegidos a los Diputados a la Asamblea del Departamento del Magdalena para el período 1992-1994.

El demandante invoca como infringidos los numerales 2º y 3º del artículo 223 del C. C. A., el cual fue subrogado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 y el artículo 263 de la Constitución Nacional.

Manifiesta la parte actora que debe existir obligatoriamente acuerdo entre el número de tarjetones correspondientes a la Asamblea del Departamento, al Concejo y al Alcalde, ya que de existir una diferencia se presenta una alteración sustancial del resultado electoral, lo cual es causal de nulidad de los registros correspondientes y de las actas de escrutinio de los jurados de votación.

En el caso *sub judice*, se presentó esta situación en las localidades de Santa Marta y Ciénaga presentándose un fraude procesal, de la cual se deduce que los elementos consignados en las actas son apócrifos o falsos, configurándose la causal planteada, por lo cual debe declararse la nulidad del acto que decretó la elección de diputados. Además, con esta violación se vulneró la representación proporcional de los partidos, violándose el artículo 263 de la Carta Magna.

Mediante auto fechado el 15 de mayo de 1992 fue admitida la demanda (fls. 138 y 139).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Magdalena por sentencia de septiembre 7 de 1992 denegó las súplicas de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

-Ni la Constitución, ni la ley determinaron procedimiento específico alguno de votación en relación con el uso de las tarjetas electorales para las elecciones del 8 de marzo de 1992. La Ley 2ª de 1992 lo definió a la propia

SECCION QUINTA

organización electoral. Como al proceso no se allegó copia de acto administrativo alguno sobre esa organización, especialmente para determinar si el elector estaba en la obligación de introducir los tres tarjetones, el Tribunal se acogió a lo expresado por la delegada del Registrador Nacional del Estado Civil, en cuanto declaró (fl. 153) que el votante decidía cuáles tarjetones iba a utilizar, pero en caso de no dar uso a alguno debía devolverlo a la mesa.

-Nada se demostró sobre la indebida realización de los escrutinios generales por parte de los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

De acuerdo con lo anterior, no deben prosperar las pretensiones del libelo (fls. 164 a 171).

EL RECURSO DE APELACION

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, en los siguientes términos (fls. 173 a 175):

No puede contestarse a una *litis* administrativa formulando interrogantes y más aún argumentar que no existen normas de derecho. No es cierto que no haya procedimiento específico en relación con el uso de las tarjetas electorales y mucho menos que no exista doctrina para regular y controlar el sistema del cuociente electoral.

No entiende el apelante cómo concibe el Tribunal el principio de la contradicción y de la no contradicción y que, de acuerdo con lo declarado por la funcionaria de la Registraduría, al devolverse las tarjetas electorales, marcadas o no, éstas debían ser introducidas en las urnas, para así poder obtener un cuociente electoral.

Por último, pregunta hasta qué punto una simple respuesta puede tomarse como soporte para decidir una sentencia.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso solicita la confirmación de la sentencia recurrida por considerar que los cargos no están llamados a prosperar por los siguientes motivos:

-En primer lugar, la parte no probó los hechos de la demanda pues al proceso sólo se allegaron las actas parciales de escrutinio para las corporaciones de las localidades de Santa Marta y Ciénaga, donde se da cuenta del número de votos depositados por cada candidato, sin acreditarse qué número de tarjetas se repartieron en las respectivas circunscripciones electorales.

-En segundo lugar, los hechos no encajan dentro de los supuestos previstos en el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A., en los términos que fue modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988.

-Por último y de acuerdo con el Tribunal de Primera Instancia, es cierto que la ley no determinó un procedimiento de votación en relación con el uso de las tarjetas electorales (fls. 190 a 196).

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 132, numeral 4º del Código Contencioso Administrativo en concordancia con los artículos 129 y 131, numeral 3º *ibidem*.

El Fondo del Negocio: el demandante considera que se violaron los numerales 2º y 3º del artículo 223 del C. C. A. y el artículo 263 de la Constitución Nacional.

El artículo 223 del C. C. A., numerales 2º y 3º reza:

“Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

“ ...

“2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

“3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden”.

Por su parte, el artículo 263 de la C. N. expresa:

“Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral. El cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicará a los mayores residuos, en orden descendente”.

Para que prospere la causal segunda, la falsedad o apocricidad debe necesariamente afectar el resultado electoral.

SECCION QUINTA

Esta causal hay que entenderla racionalmente en el sentido de que el resultado o el registro electoral es nulo, cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en sí mismo considerado, o resulta falso o apócrifo ideológica o materialmente, por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación. En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar, mientras en lo apócrifo no la hay. Lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. La gran diferencia entre estas dos situaciones es el factor subjetivo intencional. Pero en cualquiera de los dos casos debe producirse una alteración de resultados.

En el *subjudice*, no se puede encuadrar la diferencia entre el número de tarjetones para Alcalde, Concejo y Asamblea dentro de esta causal de nulidad, pues ni la falsedad, ni la apocricidad aparecen, y aunque se presentaran tales fenómenos sería imposible su estudio pues el demandante no especificó en qué mesas se presentaron las irregularidades, si realmente existieron, por lo que el cargo debe desecharse.

En lo que hace referencia a la causal tercera, no se demuestra que hayan aparecido alteraciones en las actas, ni se especifica cuáles son las que sufrieron estas alteraciones, por lo cual no se puede hacer el estudio para establecer si se configura la nulidad. Inclusive, esta causal nada tiene que ver con los hechos relatados en la demanda y que el actor busca encuadrar en una nulidad.

Como las nulidades son taxativas y no se configura ninguna de las citadas por el actor, no prospera el cargo.

Ahora bien, la Sala debe precisar que el voto es un deber ciudadano, pero no está instituido como una obligación conforme a las normas. Esto quiere decir que se le da la alternativa al sujeto de ejercer o no ese derecho. Por tanto, la persona puede votar, si lo desea, solamente por una corporación o por todas. Lo que no puede pretender el demandante es que si éste no desea votar por una lista de candidatos de determinada corporación, incluya el tarjetón en la urna ya que esto se considera un voto en blanco, que puede no ser la intención del elector y que no es igual a no votar. Además, esta situación debe ser reglamentada y de acuerdo con lo aportado en el expediente, no aparece demostrada la existencia de una reglamentación definitiva.

Por último, esta Sala considera que no existió violación del artículo 263 de la Constitución Nacional ya que se empleó el sistema del cociente electoral para la adjudicación de los puestos por proveer.

En este orden de ideas, los cargos de violación propuestos deben recibir despacho desfavorable.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la señora Procuradora y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confirmar la sentencia de 17 de septiembre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JUNTA DE FERIAS MUNICIPALES - Integrantes

Los sistemas por decreto y a través del voto de los asistentes, escogidos para conformar y elegir la junta organizadora y directiva de las ferias del municipio de Choachí, no le dan a sus integrantes el carácter equivalente al que confiere una designación oficial, por nombramiento o por elección, puesto que aquéllos, bien pudieron responder, o no, al llamado del alcalde y quienes lo hicieron, contaban con libertad para conformar parte del grupo directivo, o abstenerse de hacerlo, tal fue el caso de la persona que declinó su postulación para ocupar el cargo de Presidente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0888.

Actor: Hernando Rodríguez Rodríguez.

APELACION SENTENCIA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fls. 250-253), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de octubre de 1992 (fls. 215-232), en atención a lo previsto por el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en su propio nombre (fls. 1-17), el abogado Hernando Rodríguez Rodríguez, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el acto declaratorio de la elección del señor Héctor Manuel Cotrino Guevara, como Alcalde Popular de la localidad de Choachí (Cundinamarca), para el período 1992 a 1994.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó la cancelación de la credencial que acredita al señor Cotrino Guevara, en su calidad de alcalde,

así como el cumplimiento de la sentencia, dentro de los términos previstos en el artículos 176 del C. C. A.

Enciso, cuyo resultado determinaría que el residuo del demandante sería mayor que el del candidato Néstor Durán León, haciéndose necesario anular la declaración de elección con las consecuencias de rigor; b) que se practique escrutinio parcial para verificar la votación de la mesa 01-Hatillo-Ocamonte; c) que se practique escrutinio parcial para verificar el probable error aritmético en las mesas 52-zona 01 y 20-zona 06 Bucaramanga”.

Con auto de 18 de noviembre de 1992 se concedió el recurso impetrado en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado, siendo admitido por esta Corporación con proveído de 15 de diciembre siguiente.

Estimando que carece de todo “... asidero fáctico-legal...”, el diputado Néstor Durán León, en su calidad de opositor de las pretensiones de la demanda, expresa su contrariedad a la prosperidad del recurso interpuesto.

Por su parte la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (E.), en su concepto de ley, también se manifiesta adversa a la prosperidad de ese recurso y, en general, al acogimiento de los cargos a que se refieren las demandas del acumulado que se examina;

b) Proceso 8438. Actor: Juan de Dios Tarazona Mendoza. Opositor: Aquiles Torres Bretón.

Juan de Dios Tarazona Mendoza solicita del honorable Tribunal Administrativo de Santander que se declare nulo el acto administrativo de elección del señor Aquiles Torres Bretón como diputado a la Asamblea de esa sección político-administrativa, período 1992-1994, contenido en el formulario E-28 o acta parcial de escrutinio de votos para esa corporación, expedido con fecha 15 de marzo de 1992 por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral para la citada circunscripción. Que, en consecuencia, se le cancele la credencial otorgada.

Aduce como hechos sustentatorios de la pretensión nulitiva los siguientes: que para la fecha de elección del señor Torres Bretón como diputado, su señora esposa María Victoria Yepes Velásquez, con quien contrajo matrimonio el 1º de febrero de 1975, ocupaba y continúa ocupando el cargo de Gerente de la Beneficencia de Santander, siendo ese un empleo público que conlleva autoridad civil.

De igual manera, para la fecha de elección del señor Torres Bretón como diputado también su hermana legítima Graciela Torres Bretón se desempeña-

SECCION QUINTA

ba y se sigue desempeñando como Gerente de la Central de Abastos de Bucaramanga, ejerciendo por lo mismo autoridad civil.

Cita como normas violadas las de los artículos 179 y 299 de la Constitución Política vigente. La primera, en cuanto establece que no podrán ser congresistas "... 5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política"; y la segunda en cuanto dispone, en su tercer párrafo, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley, sin que pueda ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.

Como pruebas el actor acompaña con la demanda copia auténtica del acto acusado y copia idónea del registro civil de matrimonio de Aquiles Torres Bretón y María Victoria Yepes Velásquez. Luego se trajo copia del registro civil de nacimiento de los hermanos Aquiles Torres Bretón y Graciela Torres Bretón; copia de la Resolución 083 de noviembre de 1986 mediante la cual se nombra a la doctora Graciela Torres Bretón como Directora Administrativa y Financiera de la Central de Abastos de Bucaramanga S.A. (Centroabastos); copia del Acta 051 de 23 de octubre de 1987 mediante la cual la Junta Directiva de Centroabastos nombra a la doctora Torres Bretón en el cargo de Gerente General de Centroabastos, luego ratificada en Acta 96 de 2 de marzo de 1992; copia auténtica de los estatutos de Centroabastos; copia del acta de posesión de la doctora María Victoria Yepes de Torres como Gerente de la Beneficencia de Santander, número 0019 de 7 de enero de 1992; y fotocopia del Decreto 1492 de 30 de diciembre de 1986, emanado de la Gobernación, por el que se expidió el estatuto orgánico de la Beneficencia de Santander.

La demanda fue contestada en oportunidad por el demandado Aquiles Torres por intermedio de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones de la misma por cuanto -se dice el demandante "... pretende traer de los cabellos una norma constitucional sin desarrollar, como lo es el artículo 299, que en forma expresa requiere de una ley reglamentaria que determine las inhabilidades e incompatibilidades de los diputados". De otra parte -agrega el opositor- "... aún no existe concepto claro ni preciso sobre el verdadero significado de autoridad civil o política a que se hace referencia en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Nacional...", sin olvidar que los trabajadores de Centroabastos, incluidos los de dirección y confianza, no son empleados públicos, pues están vinculados con contrato de trabajo.

Al decidir sobre el mérito de las pretensiones el *a quo* advirtió que en la demanda de que se trata se omitió desarrollar el concepto de la violación que se aduce, esto es, que la misma es inepta por ese motivo conforme se colige del artículo 137 numeral 4º. De allí que esa Corporación se abstuvo de pronunciarse sobre las súplicas, tal y como lo expresó en el punto quinto de la parte resolutive del fallo acumulado;

c) Proceso 8437. Actor: Hermes Cristancho Pinzón. Opositor. Jairo Alfonso Mantilla Serrano.

Hermes Cristancho Pinzón solicita del honorable Tribunal Administrativo de Santander se declare la nulidad del acto administrativo de elección del señor Jairo Antonio Mantilla Serrano como diputado a la Asamblea de esa sección territorial, período 1992-1994, contenido en el acto administrativo de carácter electoral identificado con suficiencia en páginas precedentes de esta providencia. Que, en consecuencia, se le cancele la respectiva credencial.

Expresa al respecto el demandante que el señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano fue elegido diputado a la Asamblea de Santander cuando simultáneamente su hermano Jorge Humberto Mantilla Serrano se desempeñaba como Alcalde Municipal de Floridablanca, en el mismo Departamento, desde el 1º de junio de 1990 terminando período el 31 de mayo de 1992. Que esa elección obedeció, entonces, a la influencia del potencial electoral que en esa zona domina el consanguíneo burgomaestre.

Cita como normas violadas los ordinales 5 y 8 inciso segundo del artículo 179 de la Constitución Política y el artículo 299 *ibidem*. La primera norma porque las inhabilidades señaladas a los congresistas son de obligatorio cumplimiento para quienes aspiran a ser diputados, "... aún sin ley que las señale", lo que no constituye un desafuero si en cuenta se tiene que el inciso tercero del artículo 299 establece que el régimen de prohibiciones que defiere en la ley no podrá ser menos estricto que el consagrado en el canon 179, lo que hace a esta disposición comprensiva de la anterior y por ende aplicable a los aspirantes a la duma departamental por extensión. Conforme el inciso segundo del numeral 8º del artículo 179, las inhabilidades de los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que acontecen en la misma circunscripción. Y la segunda norma, es decir, la del artículo 299 constitucional, porque, ya se dijo, equipara el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas y los diputados cuando le define a éste último un marco de severidad por lo menos igual al del primero.

Con el escrito de introducción aporta copia hábil del acto en lo pertinente atacado; también del acto de elección de Jorge Humberto Mantilla Serrano

SECCION QUINTA

como Alcalde Municipal de Floridablanca para el período 1990-1992; y registros de cómputos electorales de Asamblea, período 1992-1994, correspondientes al área metropolitana de Floridablanca para sustentar su acusación en el sentido de que la elección como diputado 1992-1994 de Jairo Alfonso Mantilla Serrano es fiel reflejo del "... aprovechamiento indebido de posiciones con jurisdicción y mando, especialmente aquellas que permiten el uso y abuso de los manejos burocráticos y presupuestales para destinos no ortodoxos en aras de satisfacer vanidades político parentales..."; a ese efecto se recepcionó una declaración testimonial.

Igualmente en forma legal fueron traídas al expediente copias idóneas de certificación alusiva al hecho de la acreditación del señor Jorge Humberto Mantilla Serrano como Alcalde Municipal de Floridablanca, período 1990-1992, como aparece en el libro de expedición de credenciales de la Registraduría de esa localidad a folios 15 de 30 de marzo de 1990; del acta de posesión del mentado Jorge Humberto Mantilla Serrano como burgomaestre de esa población; y de su registro civil de nacimiento.

El diputado cuya elección se demanda por conducto de apoderado judicial dio oportuna contestación al libelo introductorio, manifestando desde el principio su oposición a que se despachen favorablemente las pretensiones incoadas por cuanto fueron formuladas sin sustento probatorio o porque el que se aduce carece de toda relación con los pedimentos efectuados, a más de que no se invocaron fundamentos jurídicos que den soporte a la demanda. De otra parte, que no es cierto que la votación depositada por Jairo Alfonso Mantilla Serrano para ser elegido diputado se hubiese obtenido gracias a los favores políticos de su hermano Jorge Humberto, sino a través de varios años de servicio a la comunidad gracias a su contacto directo con el pueblo.

Advierte el señor apoderado, igualmente, que el artículo 179 de la Constitución Nacional que invoca el demandante para el caso en comento, "... consagra una serie de situaciones aplicables a los congresistas y que debe tomarse en cuenta para que mediante la expedición de la ley correspondiente se reglamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados. Pero esto no quiere decir que el mencionado artículo 179 defina el régimen a que se ha hecho referencia, este régimen fue deferido a la ley, es ella y solo ella la que lo puede determinar una vez la expida el Congreso Nacional".

Citando al doctor Alfonso Reyes Echandía sostiene que "...las normas constitucionales son esencialmente programáticas, es decir, consagran en la

mayoría de los casos, una serie de principios que deben ser desarrollados para lograr su aplicación práctica. Ese desarrollo, sin ninguna duda se consigue a través de la expedición de leyes por parte del órgano legislativo. Hasta tanto no se complemente el principio constitucional, no se logre la aplicación armónica con la normatividad legal, el principio se mantiene en suspenso, sin aplicación práctica. Y esto es lo que sucede con el caso planteado a través de esta demanda...”. Por consiguiente, como excepción, propone la que denomina “inexistencia del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados”.

Al decidir sobre las pretensiones de la demanda el *a quo* observó como aspecto fundamental que a los autos no se trajo la copia del registro civil de nacimiento de Jorge Humberto Mantilla Serrano no obstante el esfuerzo desplegado a ese fin, documento que para los objetivos del proceso era indispensable, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, los hechos y actos relativos al estado civil de las personas se prueban con los respectivos registros civiles. Que en esas condiciones, entonces, no estando probados los hechos sobre los que se edifican las pretensiones de la demanda, no procede comparación alguna con las normas constitucionales que se invocan como transgredidas y, por ende, tampoco tienen vocación de prosperidad las peticiones incoadas. No puede olvidarse -apunta el Tribunal de instancia-, que de conformidad con el artículo 177 del C. de P. C., incumbe probar los supuestos fácticos, en tratándose de afirmaciones definidas, como la referida al parentesco, a quien los alega.

Se decidió en la sentencia, punto cuarto de la parte resolutive, denegar las súplicas de la demanda introductiva de este proceso;

d) Proceso 8436. Actor: Juan de Dios Tarazona Mendoza. Opositor: Jairo Alfonso Mantilla Serrano.

El ciudadano Juan de Dios Tarazona Mendoza solicita del honorable Tribunal Administrativo de Santander “... se declare la existencia de inhabilidad en la persona del señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano para ser diputado de la Asamblea de Santander”. Que, en consecuencia, “... se declare la pérdida de la investidura de diputado otorgada al señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano, mediante el acto de declaratoria de elección de diputados del Departamento de Santander realizada el 15 de febrero (sic) del presente año”.

Funda aquella solicitud en el hecho de que el elegido Jairo Alfonso Mantilla Serrano es hermano legítimo del señor Jorge Humberto Mantilla

SECCION QUINTA

Serrano, Alcalde Municipal de Floridablanca para el período 1990-1992, localidad del Departamento de Santander.

Aducé como fundamentos de derecho los artículos 179 numeral 5º y 299 de la Constitución Nacional, transcribiéndolos en lo pertinente aunque sin expresar los motivos de la violación.

Con apoderado judicial el diputado cuya elección se impugna contesta la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma, pues que se encuentran formuladas de manera incongruente con los hechos sustentatorios así como con las disposiciones jurídicas que reglamentan el ejercicio de la acción que erróneamente se ejerce. Como dicha demanda transgrede una serie de preceptos de orden sustantivo y procedimental, propone la excepción que denomina de "inepta demanda".

De otra parte, en relación con el cargo que mal se plantea, precisa el contestante que el artículo 179 de la Carta es aplicable únicamente a los congresistas, y que el artículo 299 *ibidem* contiene condición perentoria que suspende la aplicación del mismo hasta tanto la proposición jurídica sea completada mediante la expedición por parte del Congreso de la ley correspondiente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados.

El Tribunal del conocimiento, al proferir sentencia, encontrando valederos los argumentos traídos por el apoderado del demandado se declaró inhibido para fallar de fondo el presente asunto, pues observó que ciertamente la demanda adolece de sustanciales defectos en la medida que no se individualiza el acto acusado, no contiene el concepto de la violación y se solicita medida conclusiva distinta a la declaratoria de nulidad pertinente. Por expresa prohibición del artículo 305 del C. de P. C., no se proferirán fallos que excedan lo pedido o que concedan cuestiones distintas a las pedidas porque ello rompe con la congruencia que deben guardar la sentencia y la demanda;

e) Proceso 8435. Actor: José Yepes Sanabria Ruiz. Opositor: Luis Alberto Gil Castillo.

Solicita José Yepe Sanabria Ruiz que se declare la nulidad del acto administrativo de elección del señor Luis Alberto Gil Castillo como diputado a la Asamblea de Santander, período 1992-1994, constante en el formulario E-28 o acta parcial de escrutinio de votos para esa corporación; que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la credencial otorgada; se anulen los 8.068 votos depositados por la lista número 15 que encabezó el nombrado, se establezca un nuevo cuociente electoral y se apliquen los residuos. Advierte

que el segundo renglón de la lista 15 lo ocupa el señor Isaías Cristancho Gómez, persona que no reúne las calidades exigidas para acceder a la diputación ya que reside hace cinco años en Santafé de Bogotá donde se desempeña como Secretario General de Solidaridad de la Central Unitaria de Trabajadores, CUT. Que otros renglones de dicha lista están ocupados igualmente por educadores oficiales a la vez miembros activos del Sindicato de Educadores de Santander, SES.

Como hechos sustentatorios de la demanda el actor expresa que el señor Luis Alberto Gil Castillo al momento de su inscripción como candidato y posterior elección como diputado tenía el carácter de servidor público de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, en cuanto vinculado laboralmente con el Ministerio de Educación Nacional en el cargo de maestro docente nombrado con Decreto 146 de 29 de enero de 1971, sin tener, entonces, posibilidad alguna de figurar en listas para cargos de elección popular.

Como normas violadas aduce los artículos 103, 127 y 152 de la Constitución Nacional, 46 del Decreto 1222 de 1986, las Leyes 3135 de 1968, 1848 de 1961 y el Decreto 1050 de 1968.

El actor expone los motivos de la violación y acompaña con la demanda las pruebas pertinentes que pretende hacer valer.

El demandado otorgó poder especial para su representación en el presente proceso, contestando oportunamente la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma, pues que los simples docentes oficiales como Gil Castillo se encuentran excluidos de la prohibición de participar en actividades y controversias políticas que contempla el artículo 127 constitucional, norma esta que precisa los alcances de la prohibición señalando de manera clara a quienes afecta, sin que en ellos se encuentren, se repite, los docentes oficiales. Por demás, que la reglamentación que se haga de esa norma, en modo alguno puede desbordar la regulación constitucional incluyendo a los docentes. Que en su calidad de simple docente tampoco lo cobija la previsión del artículo 46 del Decreto 1222 de 1986.

Por último, que las organizaciones sindicales no son como lo cree el accionante organizaciones gubernamentales.

Al respecto anota el Tribunal del conocimiento en la sentencia que decidió los acumulados, que el señor Gil Castillo, dadas las funciones que corresponden a un docente, no está comprendido en la prohibición establecida por la

SECCION QUINTA

Carta en su artículo 127, en cuanto tales funciones no implican autoridad civil, política o militar, pudiendo entonces tomar parte en actividades partidistas en la forma como lo determine la ley. Mientras tanto, tienen vigencia las normas permisivas o favorables, teniendo en cuenta que las inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación restrictiva.

Las demás normas que cita el demandante como infringidas -dice el Tribunal- contemplan formulaciones, principios, declaraciones dogmáticas no susceptibles de violación. Respecto de los Decretos 3135 y 1848 no se pronuncia el *a quo* habida consideración que el actor no citó los artículos vulnerados. Y lo propio ocurre en relación en la alegación en el sentido que es miembro activo de organizaciones sindicales, porque es aspecto que carece de toda relevancia frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Por lo anterior, entonces, se denegaron las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual, por virtud de la acción pública electoral, la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, solo procede sobre la base de las causales consagradas en los numerales del artículo 223 del C. C. A., modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, por ser dichas causales de carácter taxativo y de interpretación restrictiva.

Pero además de lo anterior, ha repetido la Corporación, los hechos que se aleguen como fundamento de las pretensiones deben estar encuadrados en alguno o algunos de los casos previstos en dicha norma y haber sido plenamente demostrados en el proceso, a través de los medios probatorios idóneos y conducentes establecidos en la ley.

Vale decir, de lo anteriormente expuesto, que en el proceso jurisdiccional electoral no es dable dar alcances nulatorios a otros fenómenos de inobservancia de las normas que regulan los procedimientos de elección y de escrutinio, constitutivos algunos de causales de reclamación administrativa por vía del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, y otros inocuos, ante la necesidad de dar prevalencia al principio de la eficacia del voto.

A modo de ejemplo del primer caso, están los errores o inconsistencias aritméticas que advierte el apelante en relación con la mesa 01-Los Robles del municipio de Enciso, cuyos guarismos totalizantes mueven la inconformidad del actor del expediente 8439, Jaime Ballesteros Acuña, por no encontrarlos ajustados a la realidad de los resultados de esa mesa.

Como la Comisión Escrutadora Municipal entró en dudas sobre la exactitud de aquellos cómputos, consignados por los jurados de votación, con arreglo a la previsión del artículo 164 inciso segundo *in fine* del C. E., procedió entonces a la apertura de los sobres respectivos y al recuento de los votos para Asamblea allí consignados, pues la incertidumbre se contrajo a esa corporación, tomando los correctivos del caso.

De allí que si la aludida diligencia puede practicarse oficiosamente por parte de la Comisión Escrutadora cuando a su juicio haya duda sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación, no se ve la ilegalidad del procedimiento cumplido por los comisionados con relación a la mesa 01 de Los Robles, porque esa atribución corresponde precisamente a quienes efectúan el escrutinio, como también la consiguiente de subsanar las inconsistencias o errores aritméticos detectados.

Siendo pues infundado ese cargo, fue bien despachado por el Tribunal del conocimiento, que también acertó cuando desestimó la consideración de objeciones referidas a inconsistencias sumatorias en aquella mesa y por inasistencia de testigos electorales al acto público de escrutinios.

Así como resulta impróspero el recurso interpuesto mediante apoderado por el actor, lo es también su solicitud de nuevo escrutinio parcial con revisión de votos de las mesas cuestionadas, pues ello es ajeno a este proceso ante la inviabilidad de la pretensión nulitiva; además implicaría recuento de tarjetones electorales en prueba de los hechos de la demanda.

En lo atinente al literal a) del punto primero de la parte resolutive del fallo impugnado, que ordena excluir la votación de la mesa 03-puesto 05-zona 06 de Bucaramanga, vale observar que dicha medida fue dispuesta sobre supuestos conjeturales o meras apariencias, que no atendiendo a los resultados debidamente motivados de prueba técnico pericial producida por expertos oficiales, idónea al fin propuesto, que acredite más allá de toda duda la presencia de elementos tipificantes de la presunta falsedad o apocrifidad en las actas de los jurados de votación o de cualquier otro registro electoral. Sin esa probanza de orden técnico, que no se suple con la cuidadosa labor de observación directa por parte del juzgador, mal se puede inferir la concurrencia de falsedad material o ideológica con todos sus ingredientes objetivos y subjetivos conformantes, como mal aconteció en el *sub lite* para fundamento de la pretensión acogida, sin repararse que los rastros, huellas o signos detectados y en equivocada comprensión tomados como configurantes de falsedad o apocrifidad, carecen de entidad y relevancia, en cuanto la copia documental que los ofrece no es el único medio de convicción obrante en autos

SECCION QUINTA

en relación con el objeto de prueba, pues a los mismos se arrimó igual documentación disipante de cualquier duda al respecto, tornando inocua alguna irregularidad advertida, máxime que ningún efecto procesal devino de la misma.

En lo concerniente al resto de los acumulados decididos en la sentencia recurrida, no tiene la Corporación objeciones de fondo distinta a la que atañe a la interpretación que el *aquo* da al inciso tercero del artículo 127 de la Carta. En pleno acuerdo con concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, esta Sala ha dicho que la posibilidad de participar en actividades y controversias políticas de los empleados a que alude el inciso en mención está condicionada a lo que "...señale la ley" como expresamente lo dispone el texto normativo, de donde resulta improcedente entre tanto derivar de allí la desaparición de causales de inelegibilidad.

Volviendo a los procesos en examen, bien se abstuvo el *aquo* de fallar el fondo de los procesos 8438 y 8436 promovidos por Juan de Dios Tarazona Mendoza contra lo pertinente del acto eleccionario acusado, puesto que las demandas son realmente defectuosas, incompletas, carentes de requisitos de forma que las hace indefectiblemente ineptas.

En relación con el proceso 8437 promovido por Hermes Cristancho Pinzón contra el acto de elección del señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano como diputado de la Asamblea de Santander, período 1992-1994, es de observar que ningún reparo le cabe a lo decidido por el *aquo* en el sentido que denegó las súplicas de la demanda, por no encontrar probados los hechos sustentatorios del cargo fundamental referido a presunta existencia de parentesco de consanguinidad entre el elegido y el Alcalde de Floridablanca 1990-1992, señor Jorge Humberto Mantilla Serrano. Lo cierto es, como lo precisa el Tribunal de instancia, que a los autos no se trajo la copia del registro civil de nacimiento del mentado Jorge Humberto Mantilla Serrano, que es el medio demostrativo, idóneo y pertinente que previene el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 en lo relativo al estado civil de las personas. De tal suerte, entonces, no cabía determinación distinta a la tomada en este asunto, por lo que se la confirmará.

Por último, en lo referente al proceso 8435, donde es actor José Yepe Sanabria Ruiz y demandado Luis Alberto Gil Castillo, el Tribunal del conocimiento despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda con razones que se acomodan al criterio de interpretación desarrollado por la Corporación en relación con los docentes oficiales elegidos por voto popular en cargos o cuerpos colegiados públicos. Bien dice el fallador de primera

instancia que por ningún aspecto es aplicable al caso concreto el artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 porque ni aparecen relacionados los maestros oficiales en la primera hipótesis prevenida ni el señor Luis Alberto Gil Castillo como docente ejerció dentro de los seis meses anteriores a su elección funciones que conllevarán jurisdicción o autoridad civil o política que es la segunda hipótesis contemplada en dicha norma. Encuentra el *a quo* que por ello no procede el cargo de inelegibilidad, en apreciación que comparte la Corporación para impartirle confirmación. Por lo demás, tampoco peca el Tribunal cuando desestima otras normas que se aducen violadas ya que contienen preceptiva y principios constitucionales no susceptibles de transgresión directa.

A mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acorde con el concepto de la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (E.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. *Revocar* los ordenamientos contenidos en el literal a) del punto primero (1º) y en el punto sexto (6º) de la parte resolutive de la sentencia de 29 de octubre de 1992, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Santander en estos procesos acumulados. En su lugar.

2. *Deniéganse* las pretensiones de las demandas acumuladas.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el acumulado al Tribunal de origen.

Cumplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada hoy 25 de marzo de 1993.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL / CADUCIDAD

Conforme al artículo 7º de la Ley 14 de 1988, la acción electoral caduca en 20 días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto que declara la elección.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / NULIDAD ELECTORAL / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Siendo que las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son las consagradas en el artículo 223 del C. C. A. tal como aparece actualmente concebido, resulta improcedente cualquier análisis que la jurisdicción contencioso-administrativa efectúe en estos procesos electorales por motivos o razones diferentes de los señalados en el precepto citado.

GOBERNADOR - Inhabilidades / CONTRATO - Inexistencia

Las comunicaciones enviadas coinciden en señalar que no existe ningún contrato de asesoría suscrito con el demandado para gestionar ante Dainco asuntos de carácter administrativo o fiscal durante los seis meses previos a la elección popular de gobernadores que tuvo lugar el 27 de octubre de 1991.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / GOBERNADOR / INSCRIPCION DE CANDIDATURA - Extemporaneidad / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / NULIDAD ELECTORAL / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

El acto constituyente número 2 de 1991 no contempla como causal de nulidad electoral la inscripción extemporánea de las candida-

turas. Las causales precisas de anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son las consagradas en el artículo 223 del C. C. A., con las modificaciones introducidas a esta norma por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988, no siendo posible, de acuerdo con la normatividad existente, invalidar el acto de elección por este hecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 1º de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expedientes números 0627, 0630, 0635 y 0640 acumulados

Actores: Elmer Ramiro Silva y otros.

Procede la Sala a resolver mediante sentencia de única instancia las pretensiones de las demandas correspondientes a los procesos acumulados de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Proceso número 0627

1.1 El doctor Elmer Ramiro Silva Rodríguez, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción pública electoral demanda el Acuerdo número 11 de noviembre 23 de 1991 del Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró electo como Gobernador del departamento de Arauca a Luis Alfredo Colmenares Chía para el período constitucional iniciado el 2 de enero de 1992, a fin de que se anule, adicione, modifique o revoque tal decisión del Consejo Nacional Electoral.

Pide que “conexalmente sean modificados los escrutinios que sirvieron de fundamento al Consejo Nacional Electoral para hacer la declaratoria de elección del Gobernador del departamento de Arauca, ordenándose que se excluyan del cómputo general correspondiente a la circunscripción electoral del departamento de Arauca: a) Los votos totales de 23 mesas (1 a 23) de la cabecera del municipio de Tame; b) Los votos totales de 8 mesas (1 a 8) de la cabecera del municipio de Puerto Rondón” (fl. 45).

Solicita además que se declare el nuevo cómputo general que debe corresponder a la circunscripción electoral del departamento de Arauca relativo a las elecciones para gobernador efectuadas el 27 de octubre de 1991, la declaración de elección y expedición de la credencial correspondiente, junto

SECCION QUINTA

con la anulación de la elección en favor de Luis Alfredo Colmenares Chía y la cancelación de su credencial.

1.2 Como fundamentos de hecho aduce que en los comicios efectuados el 27 de octubre de 1991, reclamó y luego apeló las Resoluciones 8 y 10 de noviembre 3 y 4 de 1991 de los delegados del Consejo Nacional Electoral referentes a las irregularidades ocurridas en desarrollo de los escrutinios realizados en Tame y Puerto Rondón así:

En el municipio de Tame, consistentes en la falta del elemento denominado "Arca Triclave" sin el cual no puede predicarse la existencia de claveros "... ni la posibilidad legal y jurídica de la presencia de documentos electorales depositados en sitios distintos del taxativo definido y fijado por la ley electoral nacional".

Y en el municipio de Puerto Rondón, consistentes en el hecho de haber sufragado "muchas personas" sin exhibir la cédula laminada, con la sola presentación de comprobantes de tramitación de cédulas y en ocasiones con fotocopias de este documento o exhibiendo cédulas imposibles de leer a causa de su deterioro, todo ello con la autorización del Registrador Municipal de la localidad.

El Consejo Nacional Electoral en el Acuerdo número 11 de 23 de noviembre de 1991, no obstante las razones de reclamo y las pruebas allegadas, omitió considerarlas jurídicamente, acogiendo en su integridad los planteamientos de los delegados contenidos en las Resoluciones 8 y 9 de 1991.

1.3 En el acápite normas violadas y concepto de la violación, el actor invoca el artículo 265 de la Constitución Nacional por cuanto el Consejo Nacional Electoral desatendió la función que tiene en relación con la inspección y vigilancia de la organización electoral. El artículo 11 de la Ley 62 de 1988 o actual artículo 163 del Código Electoral que impone como requisito para la validez de los documentos electorales su introducción en el arca triclave, lo cual reafirman los artículos 145, 146, 147, 148, 151, 152, 154, 158, 161, 172 y 174 del Código Electoral. La Ley 39 de 1961 y los artículos 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 81, 85, 116 y 117 del Código Electoral relacionados con el requisito de la "cédula de ciudadanía" para poder sufragar. Los artículos 1740 y 1741 del Código Civil puesto que la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a su naturaleza, constituyen nulidades absolutas. El artículo 1º del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral en cuanto recoge los

principios de eficacia del voto, legalidad e imparcialidad en los escrutinios, los que no fueron tenidos en cuenta por el Consejo Nacional Electoral en relación con lo ocurrido en Tame y Puerto Rondón. Y el artículo 45 del C. C. A. en cuanto que el Consejo Nacional Electoral no resolvió todas las cuestiones planteadas como son los aspectos trascendentales que se han señalado.

1.4 En escrito aparte el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado, que fue denegada en auto del 17 de enero de 1992 (fls. 68 a 73).

1.5 El demandado doctor Luis Alfredo Colmenares Chía pese a haber sido notificado oportuna y legalmente de la demanda no dio contestación a la misma.

1.6 El señor Elías Jaimes Castillo fue reconocido a petición suya como tercero interviniente. En escrito visible de folios 192 a 200 impugnó las pretensiones de la demanda aduciendo en esencia que contrariamente a lo afirmado por el actor, los documentos electorales se producen con ocasión de los comicios y tienen un valor legal independiente de la existencia o no del arca triclave. Coexisten si se ha habilitado una caja, baúl, dependencia u oficina como arca triclave, y subsisten dado que el arca triclave sólo cumple la función entre la hora que terminan las elecciones y las 9 de la mañana del martes siguiente en que se inician los escrutinios.

Que en el municipio de Tame se cumplió con todo el procedimiento prescrito en las disposiciones electorales, y que en lo referente al municipio de Puerto Rondón, el registrador de esa localidad autorizó a cinco ciudadanos, conocidos ampliamente allí, para votar con comprobantes de la cédula de ciudadanía o con fotocopias autenticadas de la misma, permitiéndoles participar en la conformación del poder político mediante su voto secreto.

Alegando prejudicialidad solicitó la suspensión del proceso con fundamento en el artículo 170 del C. de P.C., y posteriormente propuso incidente de nulidad con base en la causal 3ª del artículo 140 del C. de P.C., peticiones que fueron denegadas mediante proveídos de julio 13 y agosto 28 de 1992, respectivamente.

2. Proceso número 0630

2.1 El ciudadano Luis Alfredo Colmenares Chía, por conducto de apoderado e igualmente en ejercicio de la acción pública electoral, en demanda oportunamente corregida, solicita la nulidad parcial del Acuerdo número 11 de noviembre 23 de 1991 expedido por el Consejo Nacional

SECCION QUINTA

Electoral por el cual se declaró la elección de representantes a la Cámara y gobernador de Arauca, se expidieron las respectivas credenciales y se determinaron los resultados para Senado, concretamente en cuanto su artículo 2º ratificó la votación para Senado, Cámara y Gobernador de Arauca en las elecciones que tuvieron lugar el 27 de octubre de 1991. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare también la nulidad del acta de escrutinio del municipio de Fortul, departamento de Arauca, “por ser falsa o apócrifa o ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de dicho registro electoral o acta de escrutinio...”, y que se ordene realizar un nuevo escrutinio de las elecciones en la circunscripción electoral de Arauca dentro del cual se excluyan las votaciones del municipio de Fortul.

2.2 Los fundamentos de hecho aducidos en la demanda los resume la Sala así: El 27 de octubre de 1991 se llevaron a cabo en todo el territorio nacional las votaciones para elegir senadores, representantes y gobernadores, iniciándose el 29 de los mismos mes y año los escrutinios municipales.

En el municipio de Fortul no se hicieron presentes los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal y en tales circunstancias, el Alcalde municipal Gilberto Guzmán, el Registrador del Estado Civil Robert Freddy Barrero y Rubén Arturo Cuéllar nombrado por los anteriores, designaron como escrutadores de Fortul a Margarita Pardo Garzón y Octavio Neira mediante Resolución 006 de 1991, nombramiento que correspondía hacerlo al juez municipal.

Con una comisión *ad hoc* de ilegal existencia, se realizaron los escrutinios el 29 de octubre de 1991. Posteriormente, el 3 de noviembre siguientes, los delegados del Consejo Nacional Electoral, durante el acto de escrutinios generales de Arauca, “... computaron los votos consignados en el acta espuria del municipio de Fortul aunque, ciertamente, en aquella fecha nadie tuvo noticia o información de lo acontecido y antes relatado en Fortul...” (fl. 52).

La citada Resolución 006 de 1991 presenta las siguientes irregularidades:

“... a) En la parte superior de la página aparece, como fecha original, registrada mecanográficamente, octubre 28/91. Se distingue perfectamente que el número 8, inicialmente impreso con una máquina de escribir, fue visiblemente enmendado y corregido, superponiéndole, a mano, el número 7, para que aparezca 27; b) en el considerando de la Resolución se lee: ‘que se ha vencido la hora de las 9 a.m. del día de hoy, hora en que debían iniciarse los escrutinios y, no se presentaron los señores de la Comisión Escrutadora, integrantes de la comisión designada por el

Tribunal Superior de Distrito Judicial', o sea que fue expedida el día 29 de octubre del presente año, fecha en que se hicieron los escrutinios, según mandato del artículo 160 del Código Electoral; c) Al final del texto de la predicha Resolución, al señalar la fecha de la misma, aparece suscrita el día 28 de octubre de 1991. Todo lo anterior demuestra que hubo una situación irregular, extraña, indicativa de una situación *de facto*, posterior al hecho o acto de los escrutinios, que quiso subsanarse de manera precipitada con el documento alterado visible y notoriamente" (fls. 52 y 53).

Y las firmas autógrafas de quienes suscriben el acta muy seguramente no corresponden a la de Margarita Pardo Garzón cuyos rasgos no concuerdan con la registrada en su cédula de ciudadanía número 51618864 expedida en Bogotá, por lo que concluye el demandante que estos hechos demuestran que la Resolución 006 y el acta de escrutinios son falsas porque están materialmente adulteradas.

2.3 En el concepto de la violación se refiere el actor a los artículos 160, 162 y 171 del Código Electoral e invoca la causal 2ª de nulidad que consagra el artículo 223 del C. C. A. conforme al texto vigente señalado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988.

3. *Proceso número 0635*

3.1 El ciudadano Efraín Alberto Varela Noriega en su propio nombre formula demanda en ejercicio de la acción electoral para que se declare nulo el artículo 4º del Acuerdo número 11 de 23 de noviembre de 1991 proferido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual declaró elegido Gobernador del departamento de Arauca a Luis Alfredo Colmenares Chía para el período constitucional comprendido del 2 de enero de 1992 al 1º de enero de 1995. Que se declare nulo también, en lo pertinente, el artículo 5º del citado Acuerdo "... por medio del cual dispuso expedir las credenciales por la Circunscripción Electoral de Arauca, en cuanto se refiere al cargo de Gobernador del Departamento" (fl. 39), y que se ordene la cancelación de la credencial expedida al señor Luis Alfredo Colmenares Chía.

3.2 Dos hechos sirvieron de fundamento a la acción:

a) El señor Luis Alfredo Colmenares Chía declarado electo Gobernador del departamento de Arauca para el período constitucional del 2 de enero de 1992 al 1º de enero de 1995, ejecutó personal y directamente entre los meses de enero y julio de 1991, actividades de asesor del doctor Reynaldo Gary Pichón, Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías

SECCION QUINTA

en asuntos administrativos tales como la propuesta, aprobación, celebración y ejecución de contratos, la aprobación, reformas, ajuste, aplicación y ejecución del presupuesto departamental, manejo de regalías, movimiento de personal, desarrollo y ejecución de planes y proyectos de inversión y obras públicas departamentales.

También gestionaba ante Dainco asuntos administrativos de interés para el departamento, intervenía en la tramitación de asuntos intercediendo ante las autoridades pertinentes y orientaba la toma de decisiones de carácter administrativo tanto en Dainco como en el departamento de Arauca.

El señor Colmenares Chía disponía de una oficina en la sede de Dainco situada en el piso 27 de la calle 26 número 13-19 de Bogotá, asignada por el jefe de esa entidad, donde despachaba ordinariamente y tenía a su alcance y bajo sus órdenes personal administrativo para el cumplimiento de sus actividades, viajaba continuamente entre Bogotá y Arauca con ocasión de las gestiones adelantadas en las materias referidas, aparentemente sin contrato de prestación de servicios y sin vinculación legal o reglamentaria con la Entidad;

b) La inscripción de Luis Alfredo Colmenares Chía como candidato a la Gobernación del departamento de Arauca para el período constitucional del 2 de enero de 1991 al 1º de enero de 1995 fue realizada el 27 de agosto de 1991, por fuera del plazo o término para efectuarla conforme lo disponía el artículo 4º transitorio del Acto Constitucional número 2 de 1991.

3.3 En las normas violadas y concepto de la violación, funda el actor la inelegibilidad de Luis Alfredo Colmenares Chía en el artículo 18 transitorio de la Constitución, en cuyo numeral 4º se consagra como causal de inhabilidad para quienes aspiren a ser elegidos gobernadores, la intervención en la gestión de asuntos o en celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la elección.

Y en los artículos 4º y 7º transitorios del Acto Constitucional número 2 de junio 30 de 1991 relativos al procedimiento, término y formalidades impuestos para la inscripción de candidatos a gobernadores, que no fueron observados por el ciudadano Luis Alfredo Colmenares Chía.

3.4 El demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue denegada en proveído del 24 de enero de 1992 (fls. 53 a 58).

3.5 El doctor Luis Alfredo Colmenares Chía, por conducto de apoderado, contestó la demanda en escrito visible de folios 63 a 67, señalando al efecto que nunca ha tenido contrato alguno con entidades del Estado y por lo mismo

nunca ha sido requerido por Dainco para asesorar ni gestionar asuntos oficiales. Que en virtud de la representación que el pueblo de Arauca le había otorgado con anterioridad en el Consejo Intendencial o Asamblea, se preocupó por obras de beneficio para su región obrando como vocero de las necesidades de la comarca. Y que cumplió dentro de los términos legales, todas y cada una de las diligencias indispensables para postularse como candidato a la Gobernación del departamento de Arauca.

3.6 El señor Elías Jaimes Castillo solicitó ser reconocido como impugnante dentro de este proceso.

4. Proceso número 0640

4.1 El ciudadano Alfonso Medina Delgado, a través de apoderado, en demanda oportunamente corregida, solicita la nulidad parcial del Acuerdo número 11 de noviembre 23 de 1991, en cuanto declaró electo Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Arauca al señor Octavio Sarmiento Bohórquez y le expidió credencial como resultado de los escrutinios de las elecciones realizadas el 27 de octubre de 1992. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare electo y se expida la credencial a quien corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley.

4.2 Los supuestos fácticos de la demanda se sintetizan así: El 27 de octubre de 1991 luego de los comicios realizados para elegir senadores, representantes y gobernador de Arauca, el Consejo Nacional Electoral expidió el Acuerdo número 11 de noviembre 23 de 1991 mediante el cual declaró la elección de representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Arauca y expidió las correspondientes credenciales.

La autoridad electoral no tuvo en cuenta que el señor Octavio Sarmiento Bohórquez era inelegible porque no reunía las calidades exigidas por la Constitución para ser Congresista, en razón a que contrajo matrimonio con la señora Elvira Grandos de Sarmiento quien, antes, durante y después de la fecha de las elecciones se desempeñaba como Tesorera del municipio de Tame, en el departamento de Arauca, cargo que tenía autoridad civil y política, por lo cual el señor Sarmiento Bohórquez estaba impedido para ser electo Representante a la Cámara.

4.3 En el concepto de la violación invoca el apoderado del demandante el Acto Constituyente número 2 de 1991 cuyo artículo 7º inciso segundo estima transgredido por los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil al abstenerse de comprobar si el señor Sarmiento Bohórquez reunía las calidades constitucionales para ser elegido. También el numeral 5º del artículo

SECCION QUINTA

179 de la Constitución que prohíbe ser congresistas a quienes tengan vínculos por matrimonio con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. Y los artículos 223-5 y 228 del C. C. A.

4.4 El demandado Octavio Sarmiento Bohórquez, por conducto de apoderado, contestó la demanda aceptando unos hechos y negando que el cargo desempeñado por su cónyuge tenga injerencia en toda la circunscripción electoral. Señala que dicho cargo no es de aquellos mediante el cual se ejerza autoridad civil o política.

Propuso la excepción de caducidad de la acción con fundamento en que según el artículo 7º de la Ley 14 de 1988 el término para intentarla es de 20 días sin especificar que se trata de días hábiles y, por tanto, conforme al artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal debe entenderse días calendario "o el espacio de veinticuatro horas" (fls. 77 y 78).

5. La acumulación

Vencido el término para la práctica de las pruebas se decretó la acumulación de los procesos números 0627, 0630, 0635 y 0640 mediante auto de 1º de octubre de 1992 (fls. 239 a 242 Exp. Nº 0627).

6. Los alegatos de conclusión

Corrido el traslado a las partes, alegaron el tercero interviniente señor Elías Jaimes Castillo en su condición de impugnante de las pretensiones formuladas en los procesos números 0627 y 0635. También el apoderado de Octavio Sarmiento Bohórquez para presentar sus conclusiones, Efraín Alberto Varela Noriega y los apoderados de Elmer Ramiro Silva y Luis Alfredo Colmenares Chía quienes, básicamente, reiteran sus puntos de vista ya expuestos.

7. El Ministerio Público

En su vista de fondo la Procuraduría Séptima Delegada en lo Contencioso solicita que se denieguen las pretensiones de las demandas que dieron origen a los procesos acumulados en consideración a lo siguiente:

a) Proceso número 0627

Advierte que la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral sólo alcanza prosperidad cuando se demanda con base en las causales establecidas en el artículo 223 del C. C. A. modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, que son de carácter taxativo e interpretación restrictiva.

Señala que el actor no invoca ninguna de dichas causales sino disposiciones del Código Electoral y del Código Civil y los hechos en que basa los cargos no están erigidos en causales de nulidad, por lo que deben desestimarse;

b) *Proceso número 0630.*

Manifiesta que no observa irregularidad alguna respecto de la Resolución 006 de 1991 mediante la cual el Registrador Municipal, el Alcalde y el señor Gilberto Guzmán en su calidad de claveros reconstruyeron la Comisión Escrutadora en el municipio de Fortul, puesto que fue dictada de conformidad con los artículos 149 y 162 del Código Electoral. Además observa que los cuestionamientos que se hacen a la citada Resolución 006 debió aducirlos el actor "...por la vía gubernativa dada la naturaleza de la misma, y no invocarlo (sic) como causal de nulidad ante esta jurisdicción" (fl. 324 Exp. 0627 cdno. ppal.).

Respecto a la causal de nulidad en que se funda el cargo, consagrada en el artículo 223, numeral 2 del C. C. A., señala que el Consejo de Estado ya ha explicado lo que se entiende por elementos falsos o apócrifos, observando que se presentan cuando media la intención de alterar los resultados electorales, y lo que se afirma en el cargo es que el acta de escrutinio de Fortul tiene signos visibles de falsedad externa, y que la firma de uno de los presuntos escrutadores es también falsa o apócrifa, hecho que sólo puede demostrarse mediante la prueba idónea, la que se observa ausente en el proceso. Por todo lo anterior considera que los cargos no pueden prosperar;

c) *Proceso número 0635.*

En cuanto al primer cargo referente a la inhabilidad del señor Luis Alfredo Colmenares Chía para ser elegido Gobernador, ya que entre los meses de enero a julio de 1991 gestionaba asuntos ante el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, Dainco, encuentra que de la prueba legal y oportunamente allegada al proceso no se deduce que el elegido "... hubiera gestionado en asuntos administrativos para el departamento de Arauca en las modalidades que señala la demanda, ni que gestionara ante el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías asuntos administrativos para el departamento de Arauca" (fl. 329 cdno. ppal., exp. núm. 0627).

Anota que de la manera como está planteado el cargo, tampoco se configuraría la inhabilidad porque ésta se produce cuando se gestionan asuntos en interés propio o de terceros.

En cuanto a la segunda imputación, consistente en que los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil efectuaron extemporáneamente la

SECCION QUINTA

inscripción de Luis Alfredo Colmenares Chía como candidato a la Gobernación de Arauca, advierte que este hecho no es causal de nulidad, y que tal afirmación queda desvirtuada con la prueba que obra en el expediente que comprueba que el candidato mencionado se inscribió dentro del término legal. Por tanto estima que los cargos no prosperan;

d) *Proceso número 0640.*

Se refiere primero a la excepción de caducidad propuesta, explicando que el término de veinte días a que se refiere el artículo 7º de la Ley 14 de 1988 comienza a partir del día siguiente a aquél en que se notifique el acto de la correspondiente elección, descontando los días de vacancia judicial que determine la ley y aquellos que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Que en el caso de autos, la demanda fue presentada antes de expirar el término por lo que no se produjo la caducidad de la acción.

En cuanto a las pretensiones, observa que en el proceso no aparecen acreditados los supuestos fácticos que deben darse para configurar la inhabilidad prevista en el artículo 179, numeral 5º de la Constitución como son, el ejercicio de autoridad civil y política del funcionario en la circunscripción donde se efectuó la elección y el vínculo matrimonial de éste con el elegido, por lo que el cargo endilgado al señor Sarmiento Bohórquez tampoco está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES

Previo al examen de fondo, debe la Sala pronunciarse sobre la excepción formulada por el apoderado del señor Octavio Sarmiento Bohórquez en el expediente número 0640.

CADUCIDAD DE LA ACCION

Conforme al artículo 7º de la Ley 14 de 1988, la acción electoral caduca en veinte días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto que declara la elección.

Como bien lo anota la señora Procuradora en su vista de fondo, el Acuerdo número 11 de 1991 declaratorio de la elección, fue notificado en estrados el 25 de noviembre de 1991, comenzando a correr el término legal de caducidad desde el día siguiente hábil y venciendo dicho plazo el 14 de enero de 1992, descontados los días en que permaneció cerrado el despacho y los de vacancia judicial, de acuerdo con lo previsto en los artículos 121 del C. de P.C., aplicable por remisión de los artículos 267 del C. C. A. y 62 de la Ley 4ª de 1913 del siguiente tenor:

Artículo 121 C. de P.C. “Términos de días, meses y años. En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho.

Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario”.

Artículo 62 Ley 4ª de 1913. “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

Si se tiene en cuenta que la demanda que dio origen al Proceso número 0640 fue presentada en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado el 19 de diciembre de 1991 (fl. 35), esto es, con anterioridad al 14 de enero de 1992, fecha en la cual vencía el término para intentar la acción electoral en el *sub lite*, no puede menos que concluirse que la excepción en tal sentido formulada no está llamada a prosperar.

No existiendo motivos que invaliden la actuación, procede a decidir la Sala sobre las pretensiones hechas en las demandas que dieron origen a los procesos acumulados en su oportunidad.

Proceso número 0627.

El acto administrativo cuya nulidad impetra la parte actora, es el contenido en el Acuerdo número 11 de noviembre 23 de 1991 del Consejo Nacional Electoral en el que se declaró elegido como Gobernador del departamento de Arauca a Luis Alfredo Colmenares Chía.

Plantea el demandante que sean modificados los escrutinios que sirvieron de fundamento a la citada autoridad electoral para hacer la declaratoria de elección, ordenando que se excluyan del cómputo general, los votos totales de 23 mesas del municipio de Tame y de 8 mesas del municipio de Puerto Rondón.

Según el actor, el Consejo Nacional Electoral, al conocer por virtud de la apelación de las Resoluciones 008 y 010 de noviembre de 1991, proferidas por los delegados, omitió apreciar los planteamientos y pruebas aducidos referentes a la inexistencia jurídica y legal de documentos electorales en la localidad de Tame en razón a que estos no fueron introducidos en el arca triclave durante los comicios efectuados el 27 de octubre de 1991, por carecer la Registraduría Municipal respectiva de dicho elemento.

SECCION QUINTA

Y en Puerto Rondón, porque “muchas personas”, con la autorización del Registrador Municipal, sufragaron sin exhibir la cédula de ciudadanía laminada, con la sola presentación de comprobantes de tramitación de cédulas o fotocopias de las mismas.

Sea lo primero señalar que las razones de reclamación alegadas ante las autoridades electorales en relación con la falta de arca triclave en el municipio de Tame y con el hecho de haber sufragado personas sin exhibir la cédula laminada en las mesas de votación que funcionaron en Puerto Rondón, fueron atendidas y resueltas. En efecto, los delegados del Consejo Nacional Electoral mediante Resolución 008 de 4 de noviembre de 1991 encontraron infundada la reclamación alegada por las irregularidades citadas en el municipio de Tame, en consideración a que los documentos electorales pertinentes demuestran lo siguiente:

“a) Que en la carpeta denominada ‘Tame 48 Mesas; Acta General; E-28 Senado, Cámara, Gobernador; E-22 - E-27, cuadros E-24’, a folio 1 y 2 aparece el Acta de introducción de documentos electorales en el arca triclave correspondiente al municipio de Tame, cabecera, suscrita por los claveros Cayo Mario Sepúlveda Guevara, Edith Ruth Albarracín y Carlos Julio Nieves (Alcalde municipal, Juez Promiscuo Municipal, y Registrador Municipal del Estado Civil), en su orden con firmas ilegibles, con sello las dos primeras y sin sello la última. De dicho documento aparece que se introdujeron por los tres claveros, en buen estado, siendo las 11 p.m. del 27 de octubre, los sobres contentivos de los pliegos electorales correspondientes a las 23 mesas de votación que funcionaron en la cabecera del municipio de Tame;

b) Que en la misma carpeta antes indicada a folios 5º y 6º aparece el acta de retiro de documentos electorales del arca triclave, correspondiente al municipio de Tame, cabecera, suscrita por los mismos claveros que firmaron el acta de introducción antes mencionada, con firmas ilegibles y con sellos todas ellas. De este documento fluye que se retiraron el 29 de octubre a las 9:00 a.m. todos los sobres contentivos de los pliegos electorales correspondientes a las veintitrés (23) mesas de votación que funcionaron en la cabecera del municipio de Tame.

3. Que de los documentos electorales que se dejan mencionados, aparece con claridad que sí hubo arca triclave en el municipio de Tame; que en ella se introdujeron dentro (sic) del término de ley los pliegos electorales de las veintitrés (23) mesas de votación que funcionaron en la cabecera

municipal y que del mismo receptáculo se retiraron el día 29 de octubre de 1991 para efectos de los escrutinios municipales que en este día debían iniciarse.

4. Que los delegados del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el inciso 1º del artículo 192 del Código Electoral sólo pueden apreciar como pruebas para resolver las reclamaciones que ante ellos se formulen, los documentos electorales, lo cual determina que los suscritos delegados no aprecien los documentos anexos a la reclamación que se decide” (fls. 11 y 12).

También, mediante Resolución 010 de 4 de noviembre de 1991 los delegados declararon no fundada la reclamación formulada contra la totalidad de las mesas que funcionaron el 27 de octubre de 1991 en la cabecera municipal de Puerto Rondón, con fundamento en que “... revisada la lista de sufragantes (forma número E-14) correspondiente a las ocho (8) mesas de votación que funcionaron en la cabecera municipal de Puerto Rondón, se pudo constatar que evidentemente, en dicha lista figuran las 5 cédulas a que se refiere el reclamo que se resuelve”.

“6. Que esa constatación, sin embargo, sólo significa que los ciudadanos titulares de las cédulas números 24247736, 19416664, 68301141, 42086313 y 23789916 estaban inscritos en el censo Electoral (sic) de la cabecera municipal de Puerto Rondón, lo que los habilitaba para ejercer el dercho (sic) al sufragio.

7. Que así se aceptare que los titulares de las cinco cédulas mencionadas en el considerando precedente, al cumplir el dercho (sic) y deber ciudadano del voto no sufragaron con la cédula de ciudadanía sino con los comprobantes expedidos por las autoridades competentes para acreditar el trámite de expedición de duplicados, la consecuencia sería la invalidar (sic) esos cinco sufragios, pero en manera alguna la de excluir la votación de la totalidad de los votos regularmente depositados en las urnas por otros ciudadanos, ya que fuera de ser absolutamente imposible determinar por cuál o cuáles candidatos votaron esos cinco ciudadanos, dado el principio del secreto del voto, se estaría desconociendo con semejante solución los principios de la eficacia del voto y de la capacidad Electoral, explícitamente consagrados como orientadores de la interpretación y aplicación de la legislación Electoral por el artículo 1º del Decreto 2241 de 1986” (fl. 14).

SECCIONQUINTA

El Consejo Nacional Electoral al conocer de las mencionadas Resoluciones 008 y 010 por virtud de las apelaciones interpuestas, en el Acuerdo número 11 de noviembre 23 de 1991 acusado, decidió lo siguiente:

“Resolución 008. El apelante radica su reclamo en que, según cartas dirigidas por el Alcalde municipal al registrador de Tame, le da cuenta de que a las 12:45 p.m. del 27 de octubre de 1991 no se habían recepcionado debidamente los pliegos electorales ni introducido en el arca triclave, y que tales documentos fueron retirados de la Registraduría Municipal.”

No obstante las anteriores afirmaciones los delegados confirmaron que los documentos electorales fueron introducidos en el arca triclave, según el acta correspondiente. Así mismo, ratifican en esta providencia que existe acta de retiro de los respectivos documentos del arca.

Es así como este Consejo considera que los documentos electorales, como son las actas mencionadas, prestan mérito probatorio absoluto y si son controvertidas por una posible falsedad, quien debe conocer de este presunto delito es la autoridad jurisdiccional competente, por lo que se procederá a compulsar las copias necesarias para ser enviadas al Juez Penal.

Se confirmará, entonces, la resolución apelada (fl. 35).

“Resoluciones... 010,... El introito del artículo 192 del Código Electoral, o mejor el inciso, no puede considerarse como una causal de reclamación; el hecho de darle a esta Corporación y a sus delegados ‘plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho’ no puede interpretarse como otro fundamento o motivo de impugnación, por lo cual el Consejo comparte los razonamientos y exposiciones de sus delegados, en su integridad y por consiguiente estas providencias se confirmarán” (fls. 35 y 36).

Por manera que respecto de los supuestos fácticos en que se apoyan los pedimentos de la demanda, con fundamento en los artículos del Código Electoral que consagran el procedimiento relativo a la guarda y depósito de los registros electorales luego de la elección, y los pertinentes a la cédula de ciudadanía para sufragar, se tiene que las autoridades electorales se ocuparon de su dilucidación administrativa. Cosa distinta es que el actor no esté de acuerdo con tales planteamientos o no admita que el Consejo Nacional Electoral al adoptar sus decisiones haya acogido las razones de los delegados, pero ello no significa que se omitió considerar jurídicamente las razones de reclamación, por lo que en cuanto a este cargo respecta, el Acuerdo impugnado se ajusta a derecho.

Ahora bien, en relación con las irregularidades acaecidas en los municipios de Tame y Puerto Rondón que narra el actor en los hechos de su demanda y que son las mismas que dieron lugar a las reclamaciones ante las autoridades administrativas electorales, es procedente su análisis por esta jurisdicción en la medida en que puedan determinar la invalidez del acto acusado por configurar cualquiera de las causales de anulación aducibles en los procesos electorales.

Al respecto estima la Sala conveniente hacer las siguientes precisiones:

El artículo 223 del C. C. A. modificado por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988 enuncia las causales de nulidad de "... las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral..." en los siguientes términos:

- “1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.
2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.
3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.
4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.
5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.
6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio, sino los votos del candidato o los candidatos, en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición.”

Por su parte el artículo 227 del C. C. A. determina lo siguiente:

“Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales para que

SECCIONQUINTA

se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos.”

Del contenido de los preceptos transcritos no se desprende causal alguna de nulidad por los hechos que aduce el demandante. Y del texto del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, modificadorio del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, que a su vez había modificado el artículo 223 del C. C. A., se aprecia que se excluyó como causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral “... los eventos previstos en las causales de reclamación...” de que trata el artículo 42 de la citada Ley 96 de 1985, la cual refundió en uno solo los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y 31 de la Ley 85 de 1981, para consagrar las causales de reclamación que pueden alegarse durante los escrutinios, las que actualmente aparecen enunciadas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, con las modificaciones introducidas a sus numerales 3º y 7º por los artículos 11 de la Ley 6ª de 1990 y 15 de la Ley 62 de 1988; correspondiendo “... al Consejo Nacional Electoral o sus delegados apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones...” que ante ellos se formulen con base en las causales que la citada norma consagra.

Lo que se deja expuesto permite establecer que los motivos de reclamación por parte de los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos, dejaron de ser causales de nulidad susceptibles de alegarse en procesos electorales de competencia de la jurisdicción administrativa desde cuando entró en vigencia la Ley 62 de 1988 mencionada.

En estas condiciones, siendo que las causales de nulidad de las “actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son las consagradas en el artículo 223 del C. C. A. tal como aparece actualmente concebido, ninguna de ellas invocadas por el actor en el *sub lite*, resulta improcedente cualquier análisis que la jurisdicción contencioso-administrativa efectúe en estos procesos electorales por motivos o razones diferentes de los señalados en el precepto citado”.

En consecuencia se impone desestimar las imputaciones hechas, denegando las pretensiones de la demanda.

Proceso número 0630

Con fundamento en la causal 2ª del artículo 223 del C. C. A., pretende el actor en la demanda, la nulidad parcial del Acuerdo número 11 de 23 de noviembre de 1991 expedido por el Consejo Nacional Electoral, concretamente en su artículo 2º, en cuanto ratificó la votación para Senado, Cámara y gobernador de Arauca, y como consecuencia, la nulidad del acta de escrutinio del municipio de Fortul, por ser falsa o apócrifa o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de dicho registro electoral o acta de escrutinio respecto de las votaciones realizadas el 27 de octubre de 1991.

El cargo se dirige a la comprobación de la causal de nulidad consagrada en el artículo 223 del C. C. A. del siguiente tenor:

“Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. ...

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

... .”

Aduce que si el acta de escrutinio municipal de Fortul tiene signos visibles de falsedad porque la elaboró una Comisión Escrutadora que tuvo origen en un acto ilegal y además adulterado, consiguientemente el registro es falso o apócrifo porque en él se computaron los votos consignados en el acta espuria de dicha localidad.

Como se puede apreciar de los antecedentes, la causal de nulidad alegada por el actor se hace depender de las irregularidades que se presentaron en relación con la integración de la Comisión Escrutadora Municipal de Fortul. Más concretamente del nombramiento de sus miembros mediante la Resolución 006 de 1991 (fl. 15) y de las alteraciones que, dice, se observan en dicho acto administrativo.

Para demostrar esos hechos solicitó el actor oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil a fin de que fueran remitidas al proceso el acta de escrutinio municipal de Fortul suscrita por los presuntos miembros de la Comisión Escrutadora señores Octavio Neira y Margarita Pardo Garzón, la Resolución 006 de 1991 por la cual se reconstruye la Comisión Escrutadora

SECCION QUINTA

de Fortul y la copia autenticada de la cédula de Margarita Pardo Garzón. También, que se designaran peritos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o del Departamento Técnico de la Policía Nacional o de la misma Registraduría Nacional del Estado Civil para que, con base en las actas de escrutinio de Fortul y previos los cotejos de rigor, verificaran si la firma corresponde a la de Margarita Pardo Garzón y si la Resolución 006 mencionada fue objeto de adulteración material. Solicitó igualmente, comisionar al Juez Municipal de Tame a efecto de recibir la declaración de Margarita Pardo Garzón y librar despacho al Tribunal Superior del Distrito Judicial del Meta en el sentido de remitir al proceso fotocopia autenticada del Acuerdo mediante el cual designó comisiones escrutadoras para los municipios de Arauca, Tame, Cravo Norte, Fortul, Puerto Rondón, Saravena y Arauquita, con ocasión de las elecciones del 27 de octubre de 1991.

Dichas pruebas fueron negadas en auto del 26 de febrero de 1992 (fls. 75 a 77) por el Consejero conductor del proceso en razón a que no fueron solicitadas en la oportunidad prevista en el numeral 5º del artículo 137 del C. C. A., auto que luego de ser suplicado por el actor, fue confirmado en proveído del 19 de marzo de 1992 (fls. 92 a 100).

La ausencia de pruebas deja sin respaldo alguno el cargo que se ha planteado, porque como ya se anotó, la falsedad o apocrieficidad de los elementos que contribuyeron a la conformación del acto impugnado estaba pendiente de su comprobación; y ante la falta de ellas queda relevada la Sala de cualquier análisis.

No está por demás agregar, que la citada Resolución 006 de 1991 que obra al folio 15, oportunamente allegada, y la cual el actor tilda de “falsa”, no es elemento que haya servido para la formación del acto impugnado. Se trata de un acto administrativo mediante el cual el Registrador y Alcalde municipales de Fortul y el Clavero Gilberto Guzmán, reconstruyeron la Comisión Escrutadora para dicha población, acto amparado bajo la presunción de legalidad y cuya validez se define por otras vías diferentes de las de la acción pública electoral.

Así las cosas, no estando probado el cargo, las pretensiones de la demanda tampoco pueden prosperar.

Proceso número 0635

Dos cargos formula el demandante Efraín Alberto Varela Noriega en su libelo, para obtener la anulación del Acuerdo número 11 del 23 de noviembre de 1991 proferido por el Consejo Nacional Electoral respecto de la declaratoria de la elección de Luis Alfredo Colmenares Chía como Gobernador del

1230

departamento de Arauca y la consecuente cancelación de su credencial, a saber: 1º. Que dicho ciudadano estaba inhabilitado para ser elegido, y 2º. Que su inscripción como candidato a la Gobernación se efectuó extemporáneamente.

Primer cargo

Se funda la inhabilidad en el artículo 18 numeral 4º transitorio de la Constitución Política, porque el demandado asesoraba, asistía y era consultado por el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, Dainco, en asuntos administrativos para el departamento de Arauca. También gestionaba ante el mismo Dainco asuntos de interés para el departamento de Arauca e intervenía a fin de obtener decisiones administrativas en relación con la celebración y ejecución de contratos, aprobación, reformas y ejecución del presupuesto, manejo de regalías y ejecución de planes y proyectos. Al efecto disponía de una oficina en la sede de Dainco y viajaba continuamente entre Arauca y Bogotá con ocasión de las gestiones adelantadas en las materias mencionadas.

El artículo 18 transitorio de la Carta Política que el demandante supone violado con la expedición del acto impugnado dispone lo siguiente:

“Mientras la ley establece el régimen de inhabilidades para los gobernadores, en las elecciones del 27 de octubre de 1991 no podrán ser elegidos como tales:

1. ...

2. ...

3. ...

4. Quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección, hayan intervenido en la gestión de asuntos o en la celebración de contratos con entidades públicas, en su propio interés o en interés de terceros.

... .”

En el proceso que se examina, la Sala encuentra la siguiente situación probatoria:

Accediendo a lo solicitado por el actor se dispuso, en auto de fecha febrero 26 de 1992 (fl. 69), la ratificación de los testimonios rendidos ante el Notario 13 del Círculo de Bogotá por los señores Camilo Ariel Meza Latorre, Jorge Eliécer Fernández Morales y Octavio Sarmiento Bohórquez. Tales

SECCION QUINTA

diligencias se cumplieron con el primero y último de los nombrados, no así con el señor Jorge Eliécer Fernández Morales, quien no obstante haberse citado para que rindiera su declaración, no compareció.

En la diligencia llevada a cabo el 27 de marzo de 1992, el señor Octavio Sarmiento Bohórquez manifiesta que "... En la declaración que se hizo ante el Notario Trece expresé que conocía a Colmenares Chía y que también se establecía en los pasillos del edificio intendencial, de que el señor Colmenares Chía era asesor de alguna dependencia del Estado, como era el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías para asunto de la intendencia nacional del Arauca, afirmé que no tenía ninguna constancia concreta de esta relación entre esta dependencia estatal y el señor Colmenares, que yo siendo Secretario de Agricultura de la Intendencia de Arauca no tuve la oportunidad de verlo en mi oficina y que por diferentes razones pues tampoco en las muy pocas ocasiones que estuve en Bogotá en Dainco tampoco lo pude ver en función de dar asesoría, pero que evidentemente en Arauca se hacían los comentarios que el señor Colmenares era asesor de Dainco para asunto de Arauca eso fue lo que manifesté en la declaración que hice ante el Notario Trece" (fl. 91).

Y más adelante al ser preguntado si el doctor Colmenares Chía era o no asesor de Dainco para los asuntos de Arauca, respondió: "No me consta, personalmente no me consta que el doctor Colmenares Chía haya desempeñado esa función de tal asesoría" (fl. 93).

Por su parte, el señor Camilo Ariel Meza Latorre ratificó su dicho en el sentido de que "... el licenciado Alfredo Colmenares estaba como asesor del director de Dainco en ese entonces Reynaldo Gary Pichón gestionando asuntos sobre la Intendencia de Arauca hoy departamento, para la época del 10 de diciembre del noventa al 30 de enero del noventa y uno y del 18 de marzo del noventa y uno al 12 de junio del noventa y uno yo fui Secretario de Gobierno de la Intendencia y tuve la oportunidad de establecer pues contacto o reunión con el licenciado Alfredo Colmenares tanto a nivel de Arauca cuando él viajaba a hacer sus gestiones como a nivel de Dainco cuando desempeñando las funciones de mi cargo tenía que desplazarme a la ciudad de Bogotá, su oficina quedaba al lado de la Sala de Juntas del en ese entonces Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, Dainco..." (fl. 94).

Del texto de las anteriores declaraciones no puede inferirse la plena comprobación de los hechos que se le endilgan al señor Luis Alfredo Colmenares Chía, amén de que no constituyen el medio idóneo probatorio para lo que pretende demostrar el actor.

Los documentos que presentó el señor Camilo Ariel Meza Latorre con su declaración, no pueden ser considerados por cuanto no corresponde a los testigos aportar la prueba sobre los hechos de la demanda, sino a las partes en su debida oportunidad legal.

Desde luego que debe anotarse que las demás pruebas decretadas y allegadas al proceso, como son, las comunicaciones del jefe de personal (E.) del Ministerio de Gobierno (fl. 118), recibida en la Secretaría de la Sección Quinta de esta Corporación el 8 de abril de 1992, del Secretario de Gobierno Departamental de Arauca de 24 de marzo de 1992 (fl. 121), y del jefe de Oficina Licitaciones y Contratos del departamento de Arauca de 9 de abril de 1992 (fl. 122), desvirtúan las imputaciones endilgadas a Luis Alfredo Colmenares Chía, pues todas coinciden en señalar que no existe ningún contrato de asesoría suscrito con el demandado para gestionar ante Dainco asuntos de carácter administrativo o fiscal durante los seis meses previos a la elección popular de gobernadores que tuvo lugar el 27 de octubre de 1991.

En consecuencia, no estando probado el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Se fundamenta en la inscripción extemporánea de Luis Alfredo Colmenares Chía como candidato a la Gobernación del departamento de Arauca.

Según el demandante, la anterior irregularidad contraría los artículos 4º y 7º del Acto Constituyente número 2 de junio 30 de 1991, quedando viciados de nulidad los artículos 4º en su integridad y 5º en lo pertinente del Acuerdo número 11 de 1991, que declaró elegido como Gobernador de Arauca a Luis Alfredo Colmenares Chía quien no puede serlo por no hallarse inscrito válidamente como candidato.

Dispone el Acto Constituyente número 2 de 1991 lo siguiente:

“Artículo 4º. *Inscripción de candidaturas.* La inscripción de listas para Cámara y Senado y de candidatos a gobernadores, vence a las seis de la tarde (6:00 p.m.) del 27 de agosto de 1991 y se hará ante los delegados del registrador nacional del Estado Civil.

“Artículo 7º. *Requisitos para la inscripción.* Los adherentes de que trata el artículo anterior señalarán el nombre de quien encabeza la lista o del candidato a gobernador, y además se identificarán con el número de la cédula de ciudadanía de cada uno. La Registraduría Nacional del Estado Civil hará los cotejos necesarios para establecer la correspondencia entre firmas, número de cédulas, y los nombres que figuren en el

SECCION QUINTA

documento, para lo cual el Registrador señalará el procedimiento que debe seguirse.

En caso de que no se hayan aceptado previamente las candidaturas, no se comprueben las calidades exigidas para ser senador, representante o gobernador, o no se haya dado cumplimiento al requisito de proclamación de candidaturas, los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil rechazarán la inscripción. Contra esta decisión cabe el recurso de apelación ante el Consejo Nacional Electoral que decidirá de plano.”

Como se puede constatar, en los preceptos transcritos no se contempla causal de nulidad electoral por la inscripción extemporánea de las candidaturas.

De nuevo se señala que las causales precisas de anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son las consagradas en el artículo 223 del C. C. A. con las modificaciones introducidas a esta norma por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988, ninguna de las cuales encaja en la irregularidad que anota el actor, no siendo posible, de acuerdo con la normatividad existente, invalidar el acto de elección por este hecho.

Pero en gracia de discusión si fuera procedente la acción de nulidad, no tendría prosperidad en el *sub lite*, por cuanto si la inscripción del candidato a gobernador vencía a las 6 de la tarde del 22 de agosto de 1991 ante los delegados del Registrador del Estado Civil, en el proceso aparece que la solicitud de inscripción de Luis Alfredo Colmenares Chía como candidato a la Gobernación del Arauca fue recibida el 22 de agosto de 1991 a las 9:45 A.M. (fl. 115), y el Registrador Nacional del Estado Civil en documento del 27 de marzo de 1992 (fl. 113) hace constar que “... el ciudadano Luis Alfredo Colmenares Chía se inscribió como candidato a la Gobernación de Arauca por el Partido Liberal colombiano para las elecciones del 27 de octubre de 1991 y según las actas de inscripción de candidatos, dicha inscripción se realizó dentro de los términos legales”.

En consecuencia este cargo tampoco prospera.

Por todo lo anterior se denegarán las pretensiones de la demanda.

Proceso número 0640

Conforme a la demanda, el Consejo Nacional Electoral expidió el Acuerdo número 11 de noviembre 23 de 1991 mediante el cual declaró la elección de representantes a la Cámara y expidió las correspondientes

credenciales, pero no advirtió que el señor Octavio Sarmiento Bohórquez era inelegible como Congresista.

El ciudadano en mención estaba inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara el 27 de octubre de 1991, al tenor del artículo 179 numeral 5º, porque su cónyuge Elvira Granados de Sarmiento tenía autoridad civil y política en el cargo que desempeñaba como Tesorera del municipio de Tame, departamento de Arauca, antes, durante y después de las elecciones del 27 de octubre de 1991.

En relación con estos cuestionamientos considera la Sala, en primer lugar, que la causal de nulidad consagrada en el numeral 5º del artículo 223 del C. C. A. en armonía con el artículo 228 *ibidem* que invoca el actor para fundamentar el cargo, en cuanto está referida al cómputo de votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser elegidos, no es extensiva a los requisitos para la inscripción de candidatos a cargos de elección popular.

Y, en segundo lugar, como el actor argumenta que la inscripción del candidato Sarmiento Bohórquez es legalmente inexistente y que los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil al abstenerse de comprobar si el mencionado ciudadano reunía las calidades constitucionales violaron el Acto Constituyente número 2 de 1991 en su artículo 7º inciso segundo, lo cual tiene la categoría de nulidad constitucional se anota al respecto, que no cabe la acción pública electoral contra los actos de inscripción de candidaturas, sino únicamente contra los actos de elección, estos sí susceptibles de ser anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa pero solamente por las causales previstas en el artículo 223 del C. C. A., mientras el legislador no disponga otra cosa.

Además, si conforme al artículo 7º inciso segundo del Acto Constituyente número 2 de 1991 es función de los delegados rechazar la inscripción de los candidatos que no comprueben las calidades exigidas para ser senador, representante o gobernador, la inobservancia de este precepto será responsabilidad de los susodichos delegados que actúen por fuera del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la inhabilidad del señor Octavio Sarmiento Bohórquez a tenor del artículo 179 numeral 5º de la Constitución, porque al momento de ser elegido, su cónyuge era Tesorera del municipio de Tame, departamento de Arauca, y como tal tenía autoridad civil y política, se tiene que en relación con este punto, las pruebas anunciadas por el actor en la demanda para acreditar

SECCION QUINTA

el matrimonio Sarmiento-Granados, la calidad de Tesorera de la señora Elvira Granados de Sarmiento, sus funciones, el decreto de su nombramiento, acta de posesión y certificado del tiempo de servicios en el mencionado cargo, fueron allegadas extemporáneamente y por tanto rechazadas en auto de fecha 28 de febrero de 1992 (fls. 80 y 81), auto que luego de ser suplicado por el demandante fue confirmado mediante proveído del 26 de marzo del mismo año (fls. 98 a 109).

En estas condiciones, teniendo en cuenta que es deber de las partes “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil aplicable por remisión del artículo 168 del C. C. A., principalmente en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, y que conforme al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, lo cual en el *sub lite* no resulta posible por falta de elementos probatorios, se llega a la conclusión que el cargo atribuido al señor Octavio Sarmiento Bohórquez no debe prosperar puesto que no tiene sustento alguno, y por lo mismo las pretensiones de la demanda deben denegarse.

Anota la Sala que el actor Elmer Ramiro Silva el día 23 de febrero del año en curso presentó en la Secretaría de esta Sección Quinta un escrito aportando una serie de pruebas, cuando ya el fallo había sido registrado y se encontraba *ad portas* de ser decidido por la Sala. Como dichas pruebas no fueron allegadas dentro del término establecido en el artículo 137 del C. C. A. no pueden ser consideradas.

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

FALLA

1. Deniéganse las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados números 0627, 0630, 0635 y 0640.
2. En firme esta providencia archívense los expedientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXPS.- 0627, 0630, 0635, 0640

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CORRUPCION DEL ELECTOR - Dádiva / ALCALDE - Inhabilidades/ SANCION PENAL - Efectos/ NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia

La disposición sólo establece la posibilidad de demandar una elección en los casos allí señalados. Es una norma de procedimiento que necesita del apoyo en una disposición que establezca una causal de nulidad de la elección, para que pueda operar. Es claro que en la norma transcrita se tipifica un delito con las consecuencias penales correspondientes pero no se establece una inhabilidad para ser elegido alcalde, ni señala tal consecuencia la norma en estudio. En este orden de ideas no es la elección la que se afecta como resultado de la infracción de la norma en cita, sino la situación personal del individuo, en la forma allí establecida. Ahora bien, puede suceder que, como consecuencia de una sanción penal, surjan también consecuencias para quien siendo elegido válidamente, por no existir causas de nulidad alguna, sea procesado y condenado posteriormente; pero tal sanción no opera frente a la elección válida sino, si a ello hubiere lugar, al ejercicio del cargo, o a posteriores elecciones, y no es tal la situación que se ventila en el proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 4 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Ref.: Expediente número 0907.

Apelación sentencia.

Actor: Luis Gonzalo Vargas Santos.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 3 de noviembre de 1992 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió denegar las pretensiones de la demanda mediante la

cual se solicitó la nulidad de la elección del señor Medardo Gómez Sarmiento como Alcalde del municipio de Supatá, Cundinamarca para el período comprendido entre 1992-1994.

El demandante invocó como violado el artículo 251 del Código Penal, en concordancia con el artículo 228 del C. C. A. Manifiesta el actor que el día de las elecciones, 8 de marzo de 1992, el candidato a la alcaldía municipal de Supatá, señor Medardo Gómez Sarmiento incurrió en la conducta tipificada al comprar votos a los electores. Esta situación fue denunciada inmediatamente, ante la autoridad competente, y hoy se adelanta su trámite en el Juzgado 106 de Instrucción Criminal del municipio de Pacho, Cundinamarca.

Por haber violado el artículo. 251 del Código Penal, el señor Medardo Gómez Sarmiento se hizo inelegible, de acuerdo con el artículo. 228 del C. C. A.

Mediante curador *ad litem*, la parte demandada propuso las excepciones de mérito de inepta demanda y de indebida acumulación de pretensiones (fls. 45 y 46).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por sentencia de 3 de noviembre de 1992 denegó las peticiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones (fls. 123 a 134):

- Respeto de las excepciones: La que hace referencia a la ineptitud de la demanda, no puede prosperar pues el libelo cumplió con los requisitos previstos en el artículo 137 del C. C. A. y con la norma especial prevista para los procesos electorales -229 del C. C. A.-

En lo atinente a la segunda excepción, es decir, indebida acumulación de pretensiones, no se configura conforme a lo previsto en el artículo 82 del C. de P.C., ya que no se trata de una petición excluyente, que no se pueda acumular con las dos primeras, sino improcedente.

- Respecto del fondo del asunto: En primer lugar, una persona no se hace inelegible por el hecho de incurrir en alguno de los delitos contra el sufragio contemplados en el Código Penal. Las inhabilidades se encuentran señaladas en la Constitución y la ley y tienen un carácter taxativo. En el caso de los alcaldes están consagradas en el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987, y dentro de éstas se encuentra la de la persona que haya sido llamada a juicio o condena o pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos. Se

SECCION QUINTA

requiere que el día de las elecciones esté el candidato incurso en esta causal. La conducta desarrollada por los candidatos el día de las elecciones puede traer consecuencias de carácter penal hacia el futuro, más no conlleva la inhabilidad prevista, la cual podría operar pero para próximas elecciones.

Claro que de los hechos configurativos de delitos contra el sufragio sí pueden surgir causales de nulidad de las elecciones que se hubiesen realizado, pero deben ubicarse claramente dentro de las consagradas en el artículo 223 del C. C. A. Por lo anterior, la Sala llega a la conclusión de que no se ha señalado una causal de nulidad que permita la declaración de ésta con base en un hecho enunciado por el actor.

En segundo lugar, del contenido de las fotocopias no se desprende que en realidad el delito se hubiera cometido.

Además, no se demostró que el elector, supuestamente inducido a votar, hubiese votado para elegir alcalde, por lo cual no prosperan las pretensiones de la demanda.

Los nuevos cargos que el actor plantea en el alegato de conclusión no son de recibo pues ello significaría una decisión por fuera de los límites de lo señalado en la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

Mediante escrito presentado el 6 de noviembre ante la Secretaría del Tribunal, el actor de la demanda manifiesta no estar en acuerdo con la sentencia del Tribunal por considerar que no comparte los fundamentos de derecho que sirvieron para sustentar la sentencia y porque no se tuvieron en cuenta varios de los hechos y razonamientos expuestos en el libelo, ignorándose lo ordenado por el artículo 170 del C. C. A., el cual fue modificado por el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989 (fl. 135).

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, mediante concepto número 22-93, solicita se confirme la sentencia materia del recurso con base en los siguientes argumentos:

- Las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C. C. A. y las de inhabilidad, establecidas para alcalde en el artículo 5º de la Ley 78 de 1986 y en el artículo 1º de la Ley 49 de 1987, son taxativas y de aplicación restrictiva.

- La conducta que se le endilga al demandado se está, de acuerdo con lo aportado al proceso, investigando hasta ahora y no ha arrimado prueba que

demuestre que se haya proferido resolución de acusación debidamente ejecutoriada o sentencia que daría lugar a causal de inhabilidad para el alcalde electo, en el caso de que ésta se hubiere invocado.

CONSIDERACIONES:

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

En atención a la argumentación de la apelación la Sala procede a examinar la sentencia dictada por el Tribunal:

CUESTION PREVIA

En primer término se deben analizar las planteadas como excepciones de mérito de inepta demanda y acumulación de pretensiones:

Lo primero que se observa es que, aunque se proponen como de mérito, como se reseñó antes, la denominación y la fundamentación es la de la excepción prevista en el numeral 7 del artículo 97 del C. de P. C., cuya naturaleza corresponde a la de excepciones previas que, como tales, desaparecieron del proceso contencioso administrativo por derogatoria que del artículo 163 hizo el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989.

No obstante, es posible realizar su estudio como motivos de impugnación que, si prosperan, generan fallo inhibitorio.

Inepta demanda: Tal como lo señala el Tribunal, la demanda se ajusta a lo previsto en el artículo 229 del C. C. A., individualización del acto acusado, que acompaña y cita en cuanto al punto concreto de la anulación, por lo que, por este aspecto el negocio debe ser estudiado de fondo.

Indebida Acumulación de Pretensiones: Tal como lo sostiene el Tribunal este vicio no se observa en el caso de autos por cuanto cada una de las peticiones es consecuencial con la de la anulación y, por lo mismo, no desnaturaliza la acción pública de nulidad de carácter electoral. En consecuencia, es posible jurídicamente, analizar el fondo del negocio y, en el caso de que proceda la anulación, estudiar las pretensiones conexas para aceptarlas o denegarlas.

Es claro, entonces, que ninguno de los puntos de impugnación prospera por lo que debe dictarse fallo de fondo en el cual, y por las razones anotadas, no hay lugar a pronunciamiento alguno en su parte resolutive sobre las excepciones planteadas como de mérito, pero cuya naturaleza, como ya se dijo, corresponde a la de previas, por lo cual se revocará el numeral correspondiente de la sentencia del Tribunal.

SECCION QUINTA

El fondo del negocio

La Sala observa que este aspecto fue decidido por el Tribunal con base en las consideraciones que esta Sala comparte y que en pocas palabras son las siguientes:

El demandante invoca como infringidos los artículos 228 del C. C. A. y 251 del C. P.

El artículo 228 del C. C. A. es del siguiente tenor:

“Nulidad de la elección y cancelación de credenciales. Cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial.”

De la anterior transcripción se deduce claramente que la disposición sólo establece la posibilidad de demandar una elección en los casos allí señalados. Es una norma de procedimiento que necesita del apoyo en una disposición que establezca una causal de nulidad de la elección, para que pueda operar.

Por su parte el artículo 251 del C. P. establece:

“Corrupción de elector. El que pague dinero, o entregue dádiva a un elector para que consigne su voto en favor de determinado candidato, partido o corriente política, vote en blanco, o se abstenga de hacerlo, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de diez mil a cincuenta mil pesos.

“El elector que acepte el dinero, o la dádiva con los fines señalados en el inciso precedente, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.”

Es claro que en la norma transcrita se tipifica un delito con las consecuencias penales correspondientes pero no se establece una inhabilidad para ser elegido alcalde, ni señala tal consecuencia la norma en estudio.

En este orden de ideas no es la elección la que se afecta como resultado de la infracción de la norma en cita, sino la situación personal del individuo, en la forma allí establecida.

Ahora bien, puede suceder que, como consecuencia de una sanción penal, surjan también consecuencias para quien siendo elegido válidamente, por no existir causal de nulidad alguna, sea procesado y condenado posterior-

mente; pero tal sanción no opera frente a la elección válida sino, si a ello hubiere lugar, al ejercicio del cargo, o a posteriores elecciones, y no es tal la situación que se ventila en el proceso.

Las razones anteriores se consignan para concluir que el Tribunal dio estricto cumplimiento a lo previsto por el artículo 170 del C. C. A. cuyo desconocimiento se alega en la apelación y que a juicio de la Sala no se produce, debiéndose, en cambio, confirmar la providencia de primera instancia en lo que hace a la decisión del fondo del negocio, que esta Sala comparte.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revocar el primer numeral de la sentencia objeto de la presente apelación por cuanto no hay lugar a proveer sobre el punto según lo expuesto en la parte motiva.

2. Confirmar en todo lo demás la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala. Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de La Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 897.

Apelación sentencia.

Actor: Félix Eduardo Martínez Ramírez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación contra la sentencia del 21 de octubre de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima denegó las súplicas de la demanda.

Dan cuenta los autos que el señor Félix Eduardo Martínez Ramírez obrando en propio nombre, solicitó la nulidad del acto de elección del Contralor Municipal del Guamo, Tolima, el cual consta en el acta de la sesión del 30 de mayo realizada por el Concejo Municipal.

Relata la parte actora que el 30 de mayo fue elegido por el Concejo del Guamo, Tolima, el señor Luis Ernesto Tícora Sánchez, como Contralor Municipal por el período constitucional del 1.º de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994.

En el acto de elección intervino el Concejal Jorge Humberto Portela Arias quien tiene su residencia y domicilio en Bogotá, en donde, jamás, ejerce como apoderado general de una empresa multinacional.

La elección así realizada está viciada de nulidad, considera el actor, por cuanto uno de los miembros de la Corporación no podía intervenir en consideración a lo dispuesto por el artículo 316 de la C. N.

Luego de hacer referencia a los artículos 84 del C. C. A. tal como quedó modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 y las normas constitucionales sobre la legalidad y la buena fe que deben presidir los actos de los funcionarios públicos, señala que el Decreto 2241 de 1986 establece

en su artículo 4o. el principio de la capacidad electoral y el 316 de la C. N. actual que transcribe en algunos apartes, considera aparece infringido porque uno de los miembros del Concejo no era residente en el municipio y se trata de la elección de una autoridad municipal que es el Contralor de la localidad.

El elegido, por intermedio de apoderado, se hizo parte en el juicio y en el término de contestación de la demanda manifiesta que de los hechos admite el 1 y el 4, considera el 2 como cierto parcialmente y no admite el 3 en relación con los fundamentos de la infracción de las disposiciones porque se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 272 de la C. N., sin que sea posible acudir a otras disposiciones, como sucede con la invocación del artículo 316 de la C. N.: que sólo es aplicable en los casos de elecciones por voto popular, o sea, las que reúnen a todos los ciudadanos no aplicable a las elecciones que hagan las corporaciones locales porque en tal caso no se da la posibilidad de traer electores de otros municipios que es la razón de la prohibición constitucional, en concepto de la parte.

Alega, además, si no se quiera que el concejal Portela Arias participara en la elección del Contralor del Guamo, debió demandarse su elección y en el presente caso se observa que su elección no ha sido anulada.

Por último precisa que aún en el supuesto de que el concejal estuviese impedido, tal circunstancia no vicia la elección porque no es el concejal quien elige sino la totalidad de la corporación.

El Tribunal Administrativo por sentencia del 21 de octubre de 1992 denegó las peticiones de la demanda por considerar que la norma invocada, artículo 316 de la C. N., es objeto de errónea interpretación por parte del demandante.

Expone que la disposición se refiere a las elecciones populares y no a las efectuadas por las corporaciones elegidas.

De otra parte, agrega, las alegaciones del actor se refieren a condiciones del concejal que sólo es posible formularlas con ocasión de la demanda de elección de éste que no es la situación del negocio.

Concluye diciendo que si se cumplieron los presupuestos del artículo 272 de la C. N. y si quien resultó elegido reunía las calidades para desempeñar el cargo, es claro que no hay causal de nulidad en la elección pues no lo es el hecho de que uno de los miembros de la corporación residiera fuera del municipio.

SECCION QUINTA

El demandante manifestó que interponía recurso de apelación, por no compartir las consideraciones del Tribunal.

La señora Procuradora Octava Delegada para lo Contencioso en su vista de fondo solicita se confirme la sentencia del Tribunal por considerar que la norma invocada como infringida no tiene relación con el cargo planteado pues regula una limitación a voto popular, a más de que lo discutido es la elección de un funcionario por parte de la Corporación y no la del Concejal.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación, conforme a lo previsto por el artículo 129 del C. C. A. en concordancia con los artículos 131-3 y 132-4 *ibidem*, tal como aparecen modificados por el artículo 1o. del Decreto 597 de 1988, según documento obrante a folio 10 del expediente.

En relación con el fondo del negocio la Sala considera que la providencia apelada debe confirmarse por las siguientes razones:

La disposición invocada, artículo 316 de la C. N., dice:

En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos de mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

De la anterior transcripción se deduce claramente que regula aspectos relativos a las elecciones de carácter popular y no de las atribuidas a corporaciones locales. En consecuencia por este aspecto la disposición no es aplicable al caso.

De otra parte debe observarse, dentro de la misma interpretación, que la referencia a autoridades locales no incluye al contralor municipal porque tal cargo no está considerado como tal, para efectos de elecciones, sino que tiene régimen especial para su elección, que no es por voto popular, según las disposiciones.

En tales condiciones y teniendo en cuenta que, como ya se dijo la norma invocada como infringida no le es aplicable, los cargos propuestos en la demanda no están llamados a prosperar; como así lo decidió el Tribunal de instancia, la providencia apelada habrá de confirmarse, sin más razonamientos puesto que en el recurso de apelación no se hace ninguna consideración sobre la discrepancia que se dice tener con la sentencia *de la quo*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confirmar la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. – Santafé de Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 0957.

Electoral Unica Instancia

Actor: Ferney Celis López y otros.

Al entrar la Sala a estudiar el proyecto de autor por medio del cual, se resuelve sobre la admisión de la demanda y la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, la honorable Consejera doctora Miren de la Lombana de Magyaroff, por medio de escrito de marzo 3 de 1993, se declara impedida para conocer de este proceso, con base en la causal 1ª del artículo 150 del C. de P. C., que establece como impedimento el interés directo o indirecto en el proceso, en razón de haber ella participado en la expedición del acto acusado en la etapa de elaboración de ternas para efectuar la elección demandada.

Procede la Sala a resolver el impedimento propuesto luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 239 de la C.N., los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La función que las dos Corporaciones mencionadas antes llevan a cabo a través de sus integrantes, para el cumplimiento de la obligación constitucional mencionada, tiene el carácter de institucional y no personal, es decir, que en principio, sin ningún interés individual en lo que es materia de la función, salvo el de haber cumplido con el deber, cada uno de los miembros del Consejo de

Estado interviene en la elaboración de las ternas con destino al Senado de la República.

Una vez adoptada esa función y cumplido el encargo, lo lógico, lo natural, es que la suerte corrida por cada uno de los integrantes de esas ternas, ya sea en el momento de la elección o posteriormente, respecto a la validez de la misma, no sea de la incumbencia de quienes la desarrollaron.

Al examinar las actas de Sala Plena correspondientes a la sesión en la que se elaboraron dichas ternas, se puede observar, que en dicha sesión, el Consejo no hizo consideración diferente a la necesidad de seleccionar a los candidatos más calificados, desde los puntos de vista intelectual, personal y moral, sin que se tocara punto alguno relacionado con lo que es materia de la demanda.

Como la razón expuesta por la honorable Consejera, para declararse impedida, solamente hace referencia a su participación en la Sala Plena en la que se elaboraron las ternas con destino al Senado, sin invocar situación personal alguna que comprometa su imparcialidad, es por lo que la sala no le acepta el impedimento indicado.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

No aceptar el impedimento manifestado por la honorable Consejera doctora Miren de la Lombana de Magyaroff, para conocer de este proceso. Una vez en firme esta providencia, continúese con el trámite procesal.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión el día cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DOCUMENTOS - Valor Probatorio / COPIA MECANICA / DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES

En cuanto hace al valor probatorio que el actor apelante niega a los documentos que en copia mecánica aportó el actor son su demanda, es suficiente reiterar lo que en otras oportunidades ha dicho esta Sala en el sentido de que, conforme al artículo 25 del Decreto 2651 de 1991: "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros".

CONCEJAL - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL

El demandado estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto dentro de los tres meses que precedieron la fecha de su elección se desempeñó como empleado oficial del sector docente.

SERVIDOR PUBLICO / PARTICIPACION EN POLITICA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

La disposición constitucional, admite que algunos servidores estatales participen en actividades y controversias políticas, pero es evidente que no se consagró una autorización absoluta, puesto que el propio texto, condiciona el ejercicio de tales actividades a la posterior reglamentación de la ley.

CONCEJAL / VACANTE / NULIDAD ELECTORAL

El artículo 261 de la Carta Fundamental no sólo suprimió la figura de suplente en corporaciones públicas, sino que además

señaló, la forma como deben proveerse las vacancias definitivas en esas corporaciones. Ahora bien, no corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa determinar la manera como deben proveerse las vacantes producidas con la nulidad de una elección por no ser ello de su competencia, su actuación debe limitarse a recomendar se dé cumplimiento a la norma constitucional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0882.

Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos, oportunamente, por las partes dentro del término de ley, (fls, 76, 77 y 78 cdno. 1), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 5 de octubre de 1992 (fls. 63-75 cdno. 1).

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Luis Angel Martínez Sendoya, demandó del Tribunal Administrativo del Tolima, la nulidad de los actos por medio de los cuales se declaró elegido, al docente en servicio activo, señor Francisco Javier Cárdenas Duque, como Concejal del municipio de Falan, Tolima, para el período constitucional comprendido entre el 1º de agosto de 1992 y el 31 de diciembre de 1994. Como consecuencia de dicha declaración, solicitó la práctica de un nuevo escrutinio, con prescindencia absoluta de 603 sufragios que se emitieron por la lista de candidatos al Concejo Municipal, inscrita por el partido liberal colombiano. Así mismo, solicitó la cancelación definitiva de las credenciales expedidas a los señores Francisco Cárdenas Duque y Jesús Antonio Bejarano; el primero, en razón de su inhabilidad personal y el segundo, por cuanto mal podría beneficiarse de sufragios que son objetivamente nulos.

2. En el mismo libelo demandatorio, el actor solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados, pero sólo en cuanto se refieren a la declaratoria de la elección del señor Cárdenas Duque.

3. A juicio del actor, los actos demandados infringen el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que, antes de los seis meses de su elección como Concejal, el señor Francisco Javier Cárdenas Duque, se había desem-

SECCION QUINTA

peñado como empleado oficial, en su calidad de educador, al servicio del municipio de Falan.

4. Por auto del 24 de abril de 1992, el Tribunal Administrativo del Tolima, admitió la demanda, al encontrar que ella reunía las formalidades legales. En la misma providencia, negó la solicitud de suspensión provisional al considerar que la certificación expedida por el Alcalde municipal de la localidad referida no demostraba la calidad de empleado oficial del elegido, ya que no expresó de qué forma se vinculó a la docencia.

5. Por conducto de apoderado, el demandado contestó el libelo manifestando que no se oponía a la declaración de las pretensiones siempre y cuando le asistiera derecho al demandado; además admitió la mayoría de los hechos del libelo y encontró que las disposiciones invocadas por el actor estaban acordes con el proceso electoral. Finalmente dijo que si las pruebas aportadas y solicitadas por el demandante eran pertinentes, el Tribunal debía concederles valor jurídico (fls. 41-42 cdno. 1).

6. En el transcurso del proceso, el señor Eduardo Ucrós Alvarez allegó algunas pruebas y presentó alegatos de conclusión (fls. 53 y 55 cdno. 1). Dicha actuación fue admitida por el *a quo*, reconociéndole al mencionado ciudadano la calidad de tercero interviniente (fl. 74 cdno. núm. 1).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima declaró nula la elección del señor Francisco Javier Cárdenas Duque como Concejal del municipio de Falan (T.) para el período constitucional 1992-1994 y negó las demás pretensiones de la demanda, aduciendo las consideraciones que a continuación se resumen:

1ª. En primer lugar, le concede total valor probatorio a los documentos públicos que conforman el acto electoral demandado, pues hay que aceptar -dijo- en este caso *sui generis*, que el cotejo de la reproducción mecánica realizado por el juez promiscuo municipal de Falan, se verificó con el original u originales, en razón a que en esta litis no se probó falsedad alguna.

Supuso el *a quo*, que algún funcionario de la Registraduría Municipal de Falan debió permitirle al juez promiscuo de la misma localidad, efectuar la autenticación de los documentos aportados a este proceso.

2ª. Subsisten las inhabilidades para concejales que trae el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y entre ellas, la endilgada al demandado Francisco Javier Cárdenas que prohíbe ser miembro de los cabildos municipales a quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección, hubieren

sido empleados oficiales; concepto dentro del cual están comprendidos los funcionarios y empleados públicos y los trabajadores oficiales del nivel nacional, departamental, distrital y municipal.

Los docentes están a la espera de que la ley reglamente el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Política, vigente, pues aún, no se sabe cuáles son los servidores públicos que podrán participar en actividades de los partidos y en controversias políticas. Tampoco se ha derogado la inhabilidad que se imputa al demandado.

3ª. En este caso, aparece probado documentalmente que el señor Francisco Javier Cárdenas Duque participó en la contienda electoral del 8 de marzo del año retropróximo, habiendo sido elegido Concejal del municipio de Falan, Tolima, para el período constitucional 1992-1994. El ciudadano mencionado estaba incurso en causal de inhabilidad, por cuanto se desempeñó como empleado público -docente del departamento- dentro de los seis meses anteriores a la elección, según señalan los siguientes documentos públicos: acta de inscripción y aceptación de candidatura a la Corporación Pública; actas parciales y general de escrutinio, incluida la declaratoria de elección; credencial de concejal, expedida por los miembros de la comisión escrutadora y la constancia del jefe de grupo de nómina del Fondo Educativo Regional del Tolima.

De lo anterior concluye que es nula, únicamente, la elección de Francisco Javier Cárdenas Duque como Concejal del municipio de Falan, Tolima, porque la inhabilidad del artículo 83 del C. C. A. no se transmite ni afecta al segundo de la lista. Finalmente advierte que no hay necesidad de un nuevo escrutinio.

LOS RECURSOS DE APELACION

1. De la parte demandada:

Los documentos contentivos del acto administrativo impugnado no tienen valor de pruebas idóneas, ya que la autenticación de las copias arrimadas al proceso la efectuó un funcionario carente de competencia, como es el juez Municipal de Falan, dado que el encargado de hacerlo era el Registrador Municipal de esa misma localidad, pues es en su despacho donde reposan los respectivos documentos.

El motivo de inconformidad está centrado en la presunción del *a quo*, según la cual, un funcionario o empleado de la Registraduría Municipal debió conceder permiso o autorizar al juez promiscuo, para realizar la autenticación mencionada.

SECCIONQUINTA

El artículo 254 del C. de P.C. señala cuales son las copias que tiene el mismo valor probatorio, del original, entre las cuales están las que hayan sido autorizadas por el director de la oficina administrativa donde se encuentre el original o la respectiva copia autenticada, oficina que para el caso no era otra que la Registraduría Municipal del Estado Civil.

El numeral segundo de la citada disposición prevé que solamente el Notario puede cotejar las copias con los originales o las copias autenticadas que le presenten para la respectiva autenticación. Finalmente, sostiene que al juez sólo le asiste la facultad de autenticar las copias en el curso de una inspección judicial, contingencia que tampoco se verificó en el presente caso para la expedición de los documentos existentes en este proceso.

Y con base en lo expuesto, solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, para que en su lugar se mantenga la legalidad del acto de elección cuestionado en el presente proceso.

2. De la parte actora:

Aduciendo su condición de demandante, el señor Luis Angel Martínez Sendoya apeló, de manera global, las decisiones adversas de la sentencia de primera instancia para que ellas sean revocadas. Al respecto recordó que cuando existía la institución de las suplencias, la declaratoria de nulidad de la elección de un principal no afectaba la de su suplente, ni viceversa, hoy, cuando esa figura no existe y el artículo 261 de la Carta establece soluciones generalizadas, no define como vacancia absoluta la anulación de una elección, De todas maneras se requiere una sanción colectiva, conforme lo insinuó en los puntos 2.1 y 4.5 de la demanda introductoria de la acción.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista fiscal, visible a folios 92 a 97, la señora Procuradora Octava Delegada consideró que los documentos acompañados con la demanda tenían suficiente valor probatorio, conforme lo prevé el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991. Y en relación con las pretensiones, manifestó estar de acuerdo con las decisiones de primera instancia, con la observancia de que el Tribunal debió disponer que la vacante fuera llenada, conforme lo ordena el artículo 261 de la Carta.

CONSIDERACIONES

1. En cuanto hace al valor probatorio que el actor apelante niega a los documentos que en copia mecánica aportó el actor con su demanda, es suficiente reiterar lo que en otras oportunidades ha dicho esta Sala, en el

sentido de que, conforme al artículo 25 del Decreto 2651 de 1991: “*Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros*” (Se destaca).

La autenticidad de un documento es la certeza que se tiene respecto de la persona que lo ha elaborado o firmado y los que fueren aportados por la parte actora gozan de esa presunción legal, no sólo por mandato de la norma premencionada, sino porque en este proceso no se probó lo contrario mediante la tacha de falsedad. En estas circunstancias, no hay razón para no concederle a los aportados en reproducciones mecánicas, el mismo valor que tienen los originales.

2. La disposición que el demandante cita como transgredida es del siguiente tenor literal:

“... Los miembros del concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo.”

La prueba documental aportada al proceso demuestra la ocurrencia de los siguientes hechos:

2.1 Por Decreto 702 del 26 de mayo de 1981, el Gobernador del departamento del Tolima nombró al señor Francisco Javier Cárdenas Duque como Director de la Escuela Rural Mixta “El Hatillo”, municipio de Mariquita, fijándole una asignación mensual de cinco mil seiscientos pesos (\$5.600), que correspondía a la situación del interino (fl. 49 cdno. núm. 1). El 12 de junio del mismo año, el señor Cárdenas Duque tomó posesión del cargo para el que había sido nombrado (fl.50 cdno. núm. 1).

2.2 Posteriormente, por Decreto 249 de 1990, el Gobernador del Tolima legalizó la vinculación de Francisco Javier Cárdenas Duque, del cargo de seccional de la escuela rural mixta “Simón Bolívar” de Frías, municipio de

SECCION QUINTA

Falan, al mismo cargo, en la escuela rural mixta "Palocabildo" del municipio mencionado (fl. 51 cdno. núm. 1), cargo que desempeñó hasta el 26 de febrero de 1992, según certificado del Alcalde municipal de la localidad referida (fl. 9 cdno. núm. 1).

2.3 Así mismo, está probado que el señor Francisco Javier Cárdenas Duque fue inscrito como candidato al Concejo Municipal de Falan, para las elecciones que se realizaron el 8 de marzo de 1992 (fl. 8 cdno. núm. 1) y como tal, fue declarado elegido el 10 de marzo de 1992 por la comisión escrutadora designada para esa localidad (fls. 6 y 7 cdno. 1).

El artículo 3º del Decreto 2277 de 1979 -estatuto Docente- dispone:

"... los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales del régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto". (Se destaca).

Ahora bien, si el señor Francisco Javier Cárdenas Duque se vinculó a la docencia oficial a partir del 12 de junio de 1981, inicialmente adscrito al departamento del Tolima y posteriormente al municipio de Falan, y allí permaneció hasta el 26 de febrero de 1992, esto es 11 días antes del 8 de marzo del mismo año, fecha en la que se realizó su elección como Concejal de la localidad mencionada, no cabe duda de que estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto dentro de los tres meses que precedieron la fecha de su elección, se desempeñó como empleado oficial del sector docente.

Aun cuando la parte demandada no lo mencionó, el *a quo* se refirió al artículo 127 de la Carta que prevé la participación en política de algunos empleados del Estado, para señalar que es un precepto que requiere reglamentación legal y que no derogó el precitado artículo 83 del C. R. M.

En efecto, la norma constitucional aludida dispone que:

"A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

Los empleados no contemplados en esta prohibición, podrán participar en dichas actividades y controversias *en las condiciones que señala la ley.*” (Se destaca).

La disposición constitucional transcrita, ciertamente admite que algunos servidores estatales participen en actividades y controversias políticas, pero es evidente que no consagró una autorización absoluta, puesto que el propio texto, condiciona el ejercicio de tales actividades a la posterior reglamentación de la ley.

Lo brevemente expuesto, es suficiente para declarar la prosperidad del cargo y, en consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia recurrida en cuanto anuló el acto que declaró la elección del señor Francisco Javier Cárdenas Duque, como Concejal del municipio de Falan.

3. Ya ha dicho esta Sala, que el artículo 261 de la Carta Fundamental no sólo suprimió la figura del suplente en las corporaciones públicas, sino que además señaló, la forma como deben proveerse las vacancias definitivas en esas corporaciones. Ahora bien, no corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa determinar la manera como deben proveerse las vacantes producidas con la nulidad de una elección por no ser ello de su competencia, su actuación debe limitarse a recomendar se dé cumplimiento a la norma constitucional, y así habrá de ordenarse en este proveído.

En el evento *sub lite*, la vacancia se produjo por la declaratoria de nulidad de una elección a causa de la inhabilidad del elegido, por lo cual no era del caso practicar nuevo escrutinio. Sin embargo, en la parte resolutive de su sentencia, el *a quo* debió ordenar se observare lo preceptuado en el artículo 261 de la Carta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él.

FALLA

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 5 de octubre de 1992.

2. Adiciónase la sentencia confirmada, para disponer: dése cumplimiento al artículo 261 de la Constitución Nacional.

SECCION QUINTA

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL

Para la Sala no cabe duda de que en el presente caso, se dieron los supuestos indicados en la norma, porque el demandante era empleado oficial cuando fue elegido Alcalde. Por tanto, se encontraba incurso en la causal de inhabilidad que contempla la disposición pretranscrita e invocada por el actor en su demanda.

SERVIDOR PUBLICO / PARTICIPACION EN POLITICA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

El precepto constitucional admite que ciertos servidores públicos puedan participar en actividades y controversias políticas, aunque no consagró una autorización absoluta, pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales actividades y controversias a la reglamentación legal que debe expedirse. Será el legislador, entonces, quien determine las condiciones en las cuales pueden participar los servidores públicos que no están comprendidos en la prohibición constitucional observada.

ALCALDE - Inhabilidades / NORMA VIGENTE / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Siendo el municipio una entidad territorial a voces del artículo 286 de la Carta, y el alcalde el Jefe de la administración local según el artículo 314 ibidem, en materia de inhabilidades, incompatibilidades, calidades, etc., mientras la ley no reglamente cosa distinta, se aplicarán las normas vigentes, en este caso el tantas veces citado artículo 5º, literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º, parágrafo segundo de la Ley 78 de 1986, que como se dijo, hace inelegibles como alcaldes a quienes hayan sido empleados oficiales dentro de los tres meses anteriores a la elección.

SECCIONQUINTA

ALCALDE - Requisitos / RESIDENCIA / VECINDAD / NEGACION INDEFINIDA / CARGA DE LA PRUEBA

La afirmación de que el demandado no es residente del municipio constituye una negación indefinida que no requiere prueba, conforme al contenido del artículo 177 del C. de P. C. aplicable a los procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por expresa remisión del artículo 168 del C. C. A., y en este caso, como lo tiene definido la jurisprudencia y la doctrina, la carga probatoria corría a cargo del demandado y no del accionante como razona el a quo.

ACCION ELECTORAL / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - Improcedencia / PRINCIPIO DE CELE- RIDAD

Sobre la práctica de pruebas, la Sala recuerda que el artículo 251 del C. C. A. que regula la segunda instancia en el proceso electoral, no contempla el término probatorio, lo cual está acorde con el principio de celeridad que gobierna los procesos electorales a través de los cuales se busca el pronto restablecimiento de la legalidad en el ejercicio del sufragio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref: Expediente número 0885.

Actor: Fernando Bernal Larrota.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 1º de octubre de 1992.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública electoral y actuando a nombre propio, el ciudadano Fernando Bernal Larrota demandó del Tribunal Administrativo del Meta la nulidad del acto por medio del cual se declaró elegido Alcalde del municipio de Mapiripán, Meta, para el período 1992-1994, al señor Fernando Vargas Carrillo.

Solicitó también que se ordene la exclusión de los votos respecto del elegido y la cancelación de la respectiva credencial. Que como consecuencia de lo anterior se convoque a nuevas elecciones y se ordene comunicar la respectiva sentencia al Gobernador del departamento del Meta y al Registrador Departamental.

Alega el demandante que el acto acusado es violatorio del literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 1º parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987, toda vez que al momento de su elección el señor Fernando Vargas Carrillo estaba incurso en causal de inhabilidad para ser elegido alcalde, porque era empleado público al servicio del departamento del Meta en su condición de profesor grado 8 en el colegio departamental Eduardo Carranza de Villavicencio.

Y, de otra parte, el demandado no es persona residente del municipio de Mapiripán conforme lo exigen las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987.

El señor Fernando Vargas Carrillo, por conducto de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones allí formuladas y negando que estuviera inhabilitado.

En cuanto al primer cargo adujo que la demanda no se refiere ni tangencialmente a los profundos cambios en la estructura jurídica de nuestras instituciones derivados de la Carta Política de 1991. Que tanto la Ley 78 de 1986 como la Ley 49 de 1987 fueron expedidas en vigencia de la Constitución de 1886 que prohibía a los empleados y funcionarios de la carrera administrativa la participación en política. Que en el preciso aspecto de las inhabilidades, para ser elegido alcalde las leyes fueron concordantes en su momento con la Constitución, sin embargo, otra cosa puede suceder al compararlas con la nueva Carta especialmente orientada a establecer la Democracia Participativa.

Aun cuando reconoce que al momento de la elección desempeñaba el cargo de Docente o Profesor grado 8 señala que esto en nada afectaría puesto que, por un lado, ejercía sus funciones en la circunscripción correspondiente al municipio de Villavicencio y, por otro lado, no ejercía jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar y, por tanto, podía ser elegido en cualquier cargo o corporación porque así lo consagró expresamente la Constitución en el artículo 127 inciso 3º.

Señala que en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por la Ley 49 de 1987 tenía su fundamento en la Constitución anterior que al ser derogada dejó sin piso la norma, ya que la nueva Carta en lugar de prohibir

SECCION QUINTA

a los funcionarios de la carrera administrativa la participación política los autorizó a hacerlo en la forma prescrita en el artículo 40 de la C. P.

Respecto al segundo cargo manifestó que para la época de la elección de Alcalde se encontraba laborando como educador en el colegio Eduardo Carranza de Villavicencio, "... lo que determinó que se viera obligado a solicitar licencia no remunerada por treinta y ocho (38) días comprendidos entre el 3 de febrero de 1992 y el 11 de marzo de 1992 para adelantar la correspondiente campaña...". Pero que residió en el municipio de Mapiropan por más de tres años llegando incluso a ejercer el cargo de Alcalde y de Inspector de Policía de dicha localidad (fl. 45).

Propuso la excepción de "Improcedencia de las pretensiones por carencia de sustento legal o jurídico", argumentando que las normas legales en que se apoya la demanda son incompatibles con la Constitución y al encuadrar el acto administrativo en los preceptos constitucionales no es procedente solicitar la nulidad del mismo.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Consideró el *a quo* que el fundamento jurídico base del ataque es legislación anterior que fue expedida siguiendo los parámetros de la Carta ya derogada que prohibía a los empleados públicos participar en política.

Señala que conforme al artículo 127 de la nueva Constitución es un derecho de los empleados del Estado, "... intervenir y controvertir en el acontecer de los partidos y movimientos políticos, norma general de la que se exceptúan solamente aquellos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, o de control..." (fl. 101).

Encuentra incompatibilidad entre el mandato constitucional y el artículo 5º de la Ley 49 de 1987, pues mientras el primero afirma la participación política del empleado público, la norma legal le exige al mismo empleado para ser alcalde dejar el desempeño de su cargo tres meses antes de la elección. "... Así se deduce que mientras se reglamenta el precepto el común del empleado público, desde el instante mismo en que deja de cumplir funciones como tal, tiene derecho a participar en política, inferencia contraria al mandato del artículo que sustenta la demanda, además, una vez regule la ley esta facultad, ese mismo empleado estando en ejercicio de funciones y ajustándose a la legalidad podrá intervenir en la contienda partidista. Como se observa, la contradicción es ostensible.

“Ahora, que el articulado constitucional no haya sido objeto de desarrollo legal, no desvirtúa la esencia del mismo y es necesario concluir que el parágrafo del artículo 1º de la Ley 49/87 que se estudia, contradice el alcance del artículo 127 de la Carta Política en vigor. Por eso se concluye que el precepto legal que sirve de base jurídica a la demanda no se encuentra vigente en la actualidad pues es contrario su espíritu al sentido de la Nueva Constitución” (fls. 101 y 102).

En cuanto a la acusación contra el Alcalde elegido de no residir en el municipio de Mapiripán, estimó el *a quo* que al no haber sido objeto de análisis jurídico ni menos probatorio se exime de su estudio.

Finalmente señaló que al presentarse la demanda no se advertían las fallas para su admisión y sólo al entrar al análisis de fondo es que se percibe el defecto sustancial ya que el derecho alegado “... no pertenece al mundo jurídico positivo de la Nación” (fl. 104).

Las razones así resumidas sirvieron para que el Tribunal de primera instancia declarara no probada la excepción propuesta y denegara las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

El actor disiente de la sentencia porque estima que la participación en actividades y controversias políticas de los empleados que no ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, etc., conforme al artículo 127 de la Constitución, está condicionada a lo que señale la ley.

Además, sostiene que tampoco se han dictado las normas legales que se ocupen del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que puedan afectar a quienes son elegidos alcaldes por lo que automáticamente, y a falta de ellas, cobra plena vigencia la Ley 78 de 1986 modificada y adicionada por la Ley 49 de 1987 en lo que no se oponga a la Constitución, razón suficiente para determinar que en aplicación de dicha ley, la elección del demandado está viciada de nulidad porque a dicho ciudadano lo afecta la inhabilidad de haber sido empleado público dentro de los tres meses anteriores a la fecha de su elección.

Señala que el Tribunal de primera instancia no prestó ningún interés al hecho de que Fernando Vargas Carrillo solamente mantuvo residencia en Mapiripán un año, contado desde el 6 de octubre de 1989 hasta el 29 de agosto de 1990 tiempo en el cual se desempeñó como Alcalde de dicho

SECCION QUINTA

municipio por designación política. "... El espíritu del legislador al confeccionar los artículos 2º de las Leyes 78/86 y 49/87, no fue otro el que (sic) darle participación en el derecho constitucional de ser elegido a las personas que sean del lugar del cual se pretende elegir representante ejecutivo, pues éste por su calidad de residente sí que puede responder a la confianza depositada por el ciudadano al elegirlo, ya que conoce que los problemas de su región y en este caso Fernando Vargas Carrillo es un aparecido, un paracaidista, sin mucho esfuerzo eso concluimos del hecho de que dicho señor se dedica a la docencia en la ciudad de Villavicencio, meta, al servicio del colegio departamental Eduardo Carranza, desde el 14 de julio de 1986, hasta el mes de julio del presente año,..." (fl. 114).

Manifiesta que las anteriores consideraciones tienen la fuerza suficiente para solicitar que se revoque la sentencia impugnada.

En la oportunidad de la segunda instancia el actor aportó unas pruebas y solicitó la práctica de otras.

Por su parte, el apoderado del demandado también intervino para solicitar que sea confirmada la sentencia de primera instancia. Considera que la demanda es incompleta porque no probó la no residencia del elegido, y en cuanto al acto administrativo demandado dice que puede estar afectado de nulidad pero no por infracción de las normas citadas como fundamento de derecho. Señala que el apelante refiere otros motivos que no son idóneos para atacar el acto cuestionado como que el señor Fernando Vargas Carrillo para asumir el cargo, pidió una licencia y que sólo se retiró de su empleo en el mes de julio de 1992, siendo esta una situación posterior a la expedición del acto demandado y por tanto inocua "... si se pretende utilizar para desvirtuar su legalidad presunta..." (fl. 147). Advierte que el actor pide que se decreten unas pruebas con desconocimiento del procedimiento electoral que no contempla en la segunda instancia etapa probatoria.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava Delegada ante esta Corporación manifiesta no estar de acuerdo con las motivaciones que llevan al Tribunal a concluir que se debe dar aplicación al artículo 127 de la Constitución, pues según los incisos 2º y 3º de dicha norma los servidores públicos pueden participar en política, con excepción de los que ocupan cargos de jurisdicción, autoridad civil o política, "... pero dejando a la ley la reglamentación de la participación en política, de los empleados del estado que no estén comprendidos en esta excepción" (fl. 159).

Indica que las normas invocadas por el accionante, que establecen las inhabilidades para ser elegido alcalde, continúan vigentes hasta tanto el legislador no las derogue o modifique. Y con fundamento en las pruebas que obran en el expediente que demuestran que el señor Fernando Vargas Carrillo en las elecciones del 8 de marzo de 1992, cuando resultó electo Alcalde, desempeñaba el cargo de educador al servicio del departamento del Meta, concluye que era inelegible por encontrarse incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987, por lo que solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se declare la nulidad del acto acusado.

CONSIDERACIONES:

El medio exceptivo aludido que se hace consistir en la “improcedencia de las pretensiones por carencia de sustento legal o jurídico”, tiene que ver con el estudio analítico de fondo, por lo que se impone examinar directamente la cuestión debatida en orden de establecer si la demanda formulada tiene su razón de ser.

Primer cargo

Sostiene el actor que el señor Fernando Vargas Carrillo no podía ser elegido Alcalde por hallarse incurso en la inhabilidad establecida en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 1º parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987.

De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital o municipal, son empleados oficiales de régimen especial.

En el proceso aparece demostrado que el señor Fernando Vargas Carrillo fue nombrado en propiedad en el cargo de maestro al servicio del departamento del Meta el 14 de julio de 1986 mediante Decreto 0374 del gobernador (fl. 64).

Comprobado está también, con la comunicación y la certificación del jefe de personal y Kárdex de la misma gobernación, calendadas a 17 de marzo y 2 de abril de 1992, respectivamente, (fls. 1 y 36), que en esas fechas Fernando Vargas Carrillo laboraba como docente en el colegio departamental Eduardo Carranza de Villavicencio.

Como educador que prestaba sus servicios en una institución departamental, Fernando Vargas Carrillo era empleado oficial (art. 3º Dec. 2277 de

SECCIONQUINTA

1979) cuando fue elegido Alcalde de Mapiripán en las elecciones del 8 de marzo de 1992 (fl. 6), condición que mantenía aún después de la elección.

El artículo 5º, literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el párrafo segundo de la Ley 49 de 1987 dispone que no podrá ser elegido ni designado alcalde quien, "... dentro de los tres meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial".

Para la Sala no cabe duda de que, en el presente caso, se dieron los supuestos indicados en la norma, porque Fernando Vargas Carrillo era empleado oficial cuando fue elegido Alcalde. Por tanto, se encontraba incurso en la causal de inhabilidad que contempla la disposición pretranscrita e invocada por el actor en su demanda.

El *a quo* afirma que el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 1º párrafo segundo de la Ley 49 de 1987 no se encontraba vigente pues contradice el alcance del artículo 127 de la nueva Constitución.

La norma en comento prevé la participación en política de algunos empleados del Estado en los siguientes términos:

"Artículo 127... .

A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley..."

En anteriores oportunidades la Sala ha señalado que el precepto constitucional admite que ciertos servidores públicos puedan participar en actividades y controversias políticas, aunque no consagró una autorización absoluta, pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales actividades y controversias a la reglamentación legal que debe expedirse. Será el legislador, entonces, quien determine las condiciones en las cuales pueden participar los servidores públicos que no están comprendidos en la prohibición constitucional observada.

En casos como el que aquí se examina, también ha expresado que no es pertinente invocar el artículo 127 de la Constitución, porque el objeto esencial de dicha norma fue prohibir la intervención en política, aunque con las excepciones anotadas en favor de algunos servidores públicos en las condiciones que señale la ley. Mientras que lo discutido en el *sub lite*, es una inhabilidad para ser elegido alcalde prevista expresamente en la Ley 78 de 1986, artículo 5º, literal e), modificado por el artículo 1º párrafo segundo de la Ley 47 de 1989, que en nada contraría la Constitución de 1991 por cuanto ésta no habla de causales de inhabilidad para los alcaldes de donde pudiera deducirse la derogatoria tácita del precepto legal citado. Lo que sí está diciendo la Constitución en su artículo 293 es que la ley determinará las "... las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales...", todo lo cual pone en evidencia la equivocación del *a quo* al desestimar por insubsistentes los fundamentos de derecho invocados por el actor en su demanda.

Siendo el municipio una entidad territorial a voces del artículo 286 de la Carta, y el alcalde el Jefe de la administración local según el artículo 314 *ibidem*, en materia de inhabilidades, incompatibilidades, calidades, etc., mientras la ley no reglamente cosa distinta, se aplicarán las normas vigentes, en este caso el tantas veces citado artículo 5º, literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º párrafo segundo de la Ley 49 de 1987, que como se dijo, hace inelegibles como alcaldes a quienes hayan sido empleados oficiales dentro de los tres meses anteriores a la elección.

Por lo que se deja expuesto, el cargo prospera y por lo mismo, da lugar a la nulidad del acto acusado como así habrá de declararse.

Segundo cargo

El demandante afirma que el señor Fernando Vargas Carrillo no es residente del municipio donde resultó elegido Alcalde, como lo exigen las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987.

En la sentencia objeto del recurso, el *a quo* no examinó el cargo porque el demandante omitió hacer el análisis jurídico pertinente y el debate probatorio.

La Sala cree conveniente señalar que la afirmación de que el demandado no es residente de Mapiripán, constituye una negación indefinida que no requiere prueba, conforme al contenido del artículo 177 del C. de P. C.

SECCION QUINTA

aplicables a los procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por expresa remisión del artículo 168 del C. C. A., y en este caso, como lo tiene definido la jurisprudencia y la doctrina, la carga probatoria corría a cargo del demandado y no del accionante como razona el *a quo*.

De otra parte, encuentra que ciertamente el demandante no explica en qué consiste la violación de las normas por el supuesto vicio como era su deber hacerlo, y por eso el cargo adolece de falta de técnica.

Como es ésta una jurisdicción rogada y no oficiosa, el Consejo de Estado no está obligado a entrar indiscriminadamente en el repaso y definición de la violación de las normas por el acto acusado, de forma, pues, que la imputación debe desestimarse.

Finalmente, sobre la práctica de pruebas que pide el apelante, la Sala recuerda que el artículo 251 del C. C. A. que regula la segunda instancia en el proceso electoral, no contempla término probatorio, lo cual está acorde con el principio de celebridad que gobierna los procesos electorales a través de los cuales se busca el pronto restablecimiento de la legalidad en el ejercicio del sufragio.

Las consideraciones anteriores son suficientes para señalar que prosperan las súplicas de la demanda del señor Fernando Bernal Larrota y que debe revocarse la sentencia apelada que las denegó y declaró probada la excepción propuesta.

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

FALLA:

1. Revócase en todas sus partes la sentencia proferida el 1º de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Meta y en su lugar se dispone:

2. Declárase nulo el acto por medio del cual se declaró la elección del señor Fernando Vargas Carrillo Alcalde del municipio de Mapiripán para el período constitucional 1992-1994.

3. Cancelese la credencial que acredita al señor Fernando Vargas Carrillo la calidad de Alcalde.

4. Comuníquese esta decisión al señor Gobernador del departamento del Meta y Registrador Nacional del Estado Civil para los efectos indicados en el

artículo 8º de la Ley 49 de 1987 subrogatorio del artículo 20 de la Ley 78 de 1986.

Ejecutoriada esta providencia vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE / SERVIDOR PUBLICO - Inhabilidad General

Aunque el artículo 179 de la C. N., señala las inhabilidades para los congresistas, sin embargo, en el numeral 8º, al establecer: "Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente", está consagrando una inhabilidad de carácter general, que cobija a toda persona que se encuentra en cualquiera de las situaciones descritas en la norma.

CONCEJAL - Inhabilidades

A pesar de deferir el artículo 312 de la C. N., a la ley la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, no impide que la inhabilidad general, para todo servidor público consagrada en el numeral 8º del artículo 179 de la C. N., se aplique a los concejales pues esta norma no señala exclusión alguna. Lo previsto en el artículo 312 de la C. N., no significa que lo regulado con anterioridad a la vigencia de la Constitución sobre inhabilidades e incompatibilidades haya quedado sin vigencia, pues lo dispuesto en ella no se opone a lo consagrado por la Constitución, es decir, que mientras el legislador no reglamente en forma diferente esas materias, lo regulado en las normas legales citadas, seguirá vigente. Al estar comprobado que el demandante al momento de ser electo alcalde, detentaba la calidad de concejal del mismo municipio, e incluso que después de la elección siguió conservando esa calidad, surge como consecuencia que los períodos de esos dos cargos coincidieron parcialmente en los meses de junio y julio de 1992, y por ello, la inhabilidad se da legalmente, lo que implica que el cargo está llamado a prosperar.

ALCALDE - Inhabilidades / CONTRATO / NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia

De acuerdo con lo estipulado en los artículos 130 y siguientes, del Decreto 222 de 1983, las transacciones adelantadas entre el municipio y la sociedad, son constitutivos del contrato de suministro. Pero como dichos suministros vienen sucediendo desde muchos meses antes de la elección como alcalde del demandante, sin que al expediente se hubiere acompañado documento alguno en el que conste la celebración de dicho contrato, hay que entender que tal contrato de suministro, escrito o verbal, se celebró desde mucho antes del 8 de diciembre de 1991 y se ha prolongado en el tiempo, por lo cual, como la norma que consagra la inhabilidad, exige que el contrato se haya celebrado dentro de los tres meses contados hacia atrás, desde la fecha de la elección, no se ha configurado la inhabilidad materia de estudio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0909.

Electoral Segunda Instancia.

Actor: Ricardo Hurtado Bravo.

Del Tribunal Administrativo del Cauca ha llegado a esta Corporación, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de octubre 27 de 1992, por medio de la cual se negaron las peticiones de la demanda, este proceso, en el cual se demanda la elección del señor Clemente Estupiñán Góngora como Alcalde del municipio de Guapí, Cauca.

ANTECEDENTES

El señor Hurtado Bravo obrando por medio de apoderado judicial, en abril 6 de 1992 presentó ante el Tribunal Administrativo del Cauca, demanda de carácter electoral en la cual solicita se hagan en sentencia las siguientes declaraciones:

“2.1 Es nula la elección de alcalde municipal de Guapí, Cauca, para el período 1992-1994 contenida en el acta parcial de escrutinio de votos para alcalde del municipio de Guapí, Cauca, de 10 de marzo de 1992, de la Comisión Escrutadora Municipal y recaída en la persona del señor Clemente Estupiñán Góngora.

SECCIONQUINTA

Cancelase (sic) la respectiva credencial.

2.2 Como consecuencia de lo resuelto en el subnumeral precedente, practíquese (sic) por el Tribunal un nuevo escrutinio.

2.3 Efectúense las comunicaciones de rigor.”

Como fundamento de lo pedido, narró el accionante, los hechos que a continuación se resumen:

1.1 En razón de las elecciones populares para alcaldes que tuvieron lugar el 8 de marzo de 1992, se inscribió como candidato a Alcalde municipal de Guapí, Cauca, el señor Clemente Estupiñán Góngora, resultando elegido.

1.2 Los jurados de votación durante las diligencias de escrutinio contabilizaron como votos válidos, únicamente, los tarjetones cuya señalización gráfica impuesta por el elector se encontraba exactamente dentro del recuadro, y como nulos o blancos los que tenían la señal por fuera del mismo, así no existiera duda de cuál era el candidato por quien el elector había sufragado. Dicha situación se presentó en los siguientes sitios: Cabecera municipal, Boca de Napi, San Antonio de Guaji, San Francisco, Limones, Balsitas, Concepción de Guaji, San José de Guare, Chuare, Yantin y Santa Clara.

1.3 El señor Clemente Estupiñán al momento de la elección como Alcalde municipal de Guapí, era y sigue siendo, concejal del mismo municipio, por lo cual, dos circunstancias afectan su elección: La prevista en el artículo 179 numeral 8º de la C. N., y la consagrada en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, subrogado por el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, primera parte.

1.4 Además, dicho señor también está incurso en la causal del artículo 1º, parágrafo 2º de la Ley 49 de 1987, segunda parte, porque, unas veces, por sí mismo, y otras por interpuesta persona, suministró combustibles al municipio de Guapí, siendo una de esas veces, el día 18 de diciembre de 1991.

1.5 De probarse en el proceso los hechos señalados, se habrían configurado dos de las causales de nulidad de las actas de escrutinio, las establecidas en los numerales 2º y 5º del artículo 223 del C. C. A.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Señala como normas violadas con el acto demandado, el artículo 223 numerales 2º y 5º del C. C. A., en concordancia con el artículo 1º, inciso primero y ordinales 1º y 3º del Decreto 2241 de 1986; artículo 1º parágrafo 2º de la Ley 49 de 1987 y los artículos 179 numeral 8º y 258 de la C. N.

2.1 Para explicar el concepto de la violación dice, que fuera de lo expresado en el artículo 1º inciso primero, ordinales 1º y 3º del C. E., y en el artículo 258 de la C. N., sobre las tarjetas electorales, en la ley o reglamento electoral no se ha determinado cuál es el signo gráfico que el elector debe colocar en ellas, ni el lugar de las mismas en dónde ubicarlo, para distinguir al candidato por quien sufraga. Como simple instrucción, se le recomienda marcar dentro del recuadro del candidato de su predilección, un + o una x.

En razón del objeto buscado por la ley electoral, un voto marcado con cualquier signo gráfico, puesto dentro o fuera del recuadro del candidato escogido, de tal manera que el signo y el lugar en donde lo colocó no ofrezca duda de su voluntad de elegir, constituye un voto válido y como tal debe ser considerado por las autoridades electorales.

Aunque en esta forma votaron algunos de los electores en las elecciones del municipio de Guapí, Cauca, para alcalde municipal el 8 de marzo de 1992, los jurados de votación y la Comisión Escrutadora Municipal, calificaron como nulos o en blanco dichos votos, por no estar el signo en el recuadro, con lo cual se favoreció al grupo político del alcalde electo, Clemente Estupiñán Góngora, pues en su gran mayoría, los votos válidos calificados de nulos o en blanco correspondían al actor.

Los hechos antes señalados se ubican dentro de la causal segunda de nulidad de las actas de escrutinio, prevista en el artículo 223 del C. C. A.

2.2 La transgresión al artículo 179 numeral 8º de la C. N., consiste en que el señor Clemente Estupiñán Góngora, es concejal en ejercicio del municipio de Guapí, dándose por tanto en él los presupuestos indicados en esa norma, pertenecer a una Corporación Pública y ser electo para un cargo público, cuyos períodos coincidían en el tiempo, así sea parcialmente. Lo anterior se observa aún mas, cuando ni siquiera después de su elección a la Alcaldía, este señor renunció a su investidura de Concejal de Guapí.

2.3 El señor Clemente Estupiñán Góngora, como concejal de Guapí, ha ejercido y ejerce naturalmente un cargo de autoridad civil y política. Aunque a los concejos municipales se les define como entidades administrativas, es innegable que en ellos se ejerce política. Para establecer la autoridad civil que ejercen, basta leer las 8 funciones del artículo 92 del Código de Régimen Municipal, las cuales implican mando, autoridad y son el medio más propicio para influir en la voluntad de los electores, con lo cual incurrió en la inhabilidad consagrada en el artículo 5º literal e) de la Ley 78 de 1986.

SECCIONQUINTA

Además, como dicho señor fue contratista del municipio de Guapí dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección como Alcalde, lo que se establece con las fotocopias auténticas de tres órdenes de suministro de gasolina o de pasajes, con fechas 18 y 20 de diciembre de 1991 y 2 de enero de 1992, con cargo a cuenta de la alcaldía, que se acompañaron con la demanda, se dio también la segunda inhabilidad del literal e) de la norma antes citada.

2.4 En la demanda se solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, petición que fue resuelta en forma favorable en el auto admisorio de la demanda de mayo 12 de 1992, el que al ser apelado por el demandado, fue revocada dicha medida por esta Corporación por medio de auto de julio 2 de 1992.

2.5 El señor Eliécer Hurtado Bravo obrando como coadyuvante del demandante, en junio 4 de 1992 presentó escrito ante el Tribunal, en el cual expone en forma general los mismos argumentos fácticos como jurídicos del libelo introductorio del proceso, acompañando una gran cantidad de documentos expedidos en xerocopias auténticas, relacionados con los cargos formulados al señor Clemente Estupiñán Góngora (fls. 85 a 207 cdno. 1).

2.6 Mediante escrito presentado en junio 30 de 1992 el señor Emir Banguera, solicita se le tenga en el proceso como impugnante de la demanda (fl. 210), a lo que se accedió por auto de julio 28 de 1992.

2.7 Por auto de junio 24 de 1992 se decretaron las pruebas pedidas por el demandante y su coadyuvante (fls. 201 y ss.).

2.8 Mediante escrito presentado en agosto 10 de 1992, el señor Salvador Gómez Herrera pide se le tenga como impugnante de la demanda (fl. 235 cdno. 1), petición que fue aceptada mediante auto de agosto 11 de 1992 (fl. 244).

2.9 Por medio de escrito presentado en julio 24 de 1992, el señor Heladio Bonilla Carabalí solicita se le tenga como impugnante de la demanda (fl. 631 cdno. copias).

2.10 Por auto de agosto 11 de 1992 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del que hizo uso el demandante (fls. 249 a 253), insistiendo en los argumentos expuestos en la demanda con respaldo en las pruebas aportadas.

2.11 Por medio de escrito presentado en agosto 20 de 1992, el señor Fabio Grueso Romero actuando como coadyuvante del demandante, presenta un alegato de conclusión en el que se dedica a refutar los argumentos

expuestos en el proceso por el apoderado del señor Clemente Estupiñán Góngora (fls. 254 a 259).

2.12 También hizo uso del traslado para alegar, el apoderado del alcalde electo, manifestando al respecto lo siguiente:

a) Que las copias del acto demandado que se acompañaron con la demanda, no fueron autenticadas observando los requisitos exigidos por los artículos 253 y 254 del C. de P.C., pues faltó la autorización del funcionario en cuyo despacho se encuentra el original o la copia auténtica de donde se toma la copia expedida, por lo cual, no se pueden tener en cuenta y por ello no existe prueba del acto demandado. Además, los funcionarios que lo expidieron no son los competentes para hacerlo, pues hoy en día le corresponde es al Registrador Municipal del Estado Civil respectivo, que es donde se encuentran los originales. Lo anterior impide que se profiera sentencia de fondo;

b) Respecto a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179 numeral 8ª de la C. N., debe tenerse en cuenta que se refiere a los congresistas y no puede ser aplicada por extensión a los demás miembros de las Corporaciones Públicas de orden territorial.

Además, la propia Constitución remite a la ley en materia de inhabilidades de los concejales y establece de modo expreso la pérdida de la investidura para quien acepte el cargo público teniendo tal calidad; pero hay que agregar, que no existe prueba idónea en el expediente donde conste que el señor Estupiñán se haya posesionado como concejal;

c) En cuanto a la inhabilidad relativa, a haber celebrado contrato de cualquier naturaleza con el municipio de Guapí, por sí o por interpuesta persona, en los tres meses anteriores a la elección como alcalde, tal situación no se dio en forma directa, ni a través de la sociedad Estupiñán Yung y Cía. Ltda., pues en ese término no han atendido suministros, ni presentado cuentas de cobro, ni recibido pagos por ningún concepto del municipio mencionado, lo cual se deduce de las órdenes de suministro -cuentas de cobro-, y certificaciones aportadas al expediente.

Sobre este punto debe precisarse qué tipo de contrato es el que se le imputa a Estupiñán, haber celebrado con el municipio, si de compraventa o de suministro, pues según sea el uno o el otro, su fecha de celebración puede ser distinta y también la determinación si legalmente se perfeccionó o no, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 222 de 1983, pues conforme al artículo 29 *ibidem*, no se puede ejecutar un contrato que no esté perfeccionado;

SECCION QUINTA

d) En relación con los votos que en la demanda se afirma, se anularon sin fundamento legal, sostiene que ese motivo es causal de reclamación mas no de anulación ante esta jurisdicción.

2.1.3 El señor Heladio Bonilla Carabalí, actuando como interviniente, en escrito de agosto 21 de 1992, solicita al Tribunal le explique en la sentencia, si es correcto que la parte demandante haya hecho las publicaciones en los periódicos El Liberal y El País, los días 27 y 29 de mayo, siendo que el Edicto se fijó el 15 y se desfijó el 21 del mismo mes y año, lo que parece indicar que las publicaciones se hicieron fuera de término, lo que podría ser constitutivo de causal de nulidad de lo actuado (fl. 276).

2.1.4 Por auto de septiembre 1º de 1992, el Tribunal decretó en forma oficiosa unas pruebas para mejor proveer (fls. 271 a 273).

3. Fallo impugnado

El Tribunal en octubre 27 de 1992 profirió fallo de primera instancia, accediendo a las pretensiones de la demanda.

3.1 Dice el *a quo*, respecto a las copias del acto demandado acompañadas con la demanda, que si el documento cuya copia se reproduce, la auténtica determinado funcionario en cuya oficina se encuentra el original, la sola autenticación lleva implícita la autorización de su reproducción. Sostiene además, que tampoco se probó que tal autorización no se hubiera dado, pues se parte de la base que el funcionario público que está autenticando el documento, es aquel en cuyo despacho reposa el original, para lo cual lo autoriza el artículo 254 del C. de P.C.

Respecto a la autenticación parcial que el apoderado de Estupiñán sostiene se dio en los documentos contentivos del acto demandado, dice el Tribunal, dicha figura no es posible que se dé, pues el documento es auténtico o no lo es.

3.2 Sobre la nulidad de la elección del Alcalde de Guapí, con fundamento en la declaratoria de nulos o en blanco de algunos votos emitidos por los electores, por haber marcado los tarjetones por fuera del recuadro del candidato elegido, con base en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A., dice el Tribunal que para que prospere la demanda con base en esta causal de nulidad, es necesario que se demuestre de manera concreta el uso de cualquier sistema de maquinación fraudulenta, que entraña necesariamente la intención de engañar, de alterar los resultados de una elección, situación que por las características objetivas que presenta, descarta de plano

las distintas hipótesis sobre aspectos de naturaleza subjetiva que se darían tanto en electores como en jurados.

Sólo en la medida en que el voto dé la certeza absoluta de la voluntad del sufragante, con la sola observación del tarjetón, sin que haya lugar a análisis subjetivos, puede decirse sin temor a equívocos que el voto es válido, y por ello ese cargo no prosperó.

3.3 Sobre la violación del artículo 179 numeral 8º de la C. N., por ser Concejal en el mismo municipio en que resultó electo Alcalde Estupiñán Góngora, dice que como las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, deben ser señaladas expresamente en la ley (art. 299 C. N.), y la Constitución de 1991 no estableció los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados y concejales, la norma constitucional invocada como sustento de la nulidad de la elección demandada, no puede ser tenida en cuenta como causal de dicha nulidad, por lo cual, no prosperó el cargo.

3.4 Respecto a las inhabilidades establecidas en el artículo 5 literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º párrafo 2º de la Ley 49 de 1987, consistentes en:

a) Que al tener la calidad de concejal, fue elegido Alcalde del mismo municipio, lo que implica que ejercía un cargo con autoridad civil y política y aunque la Constitución define los concejos como entidades administrativas, lo cierto es que allí se ejerce política, afirma el demandante.

Dice el Tribunal, que es muy diferente “ejercer política” a ejercer un cargo con “autoridad política”, término utilizado por el artículo 179 numeral 2º de la C. N. Los ediles en modo alguno desempeñan cargos que impliquen autoridad civil, pues basta analizar el artículo 312 *ibidem*, para concluir que el concejo como corporación administrativa, no encaja en el concepto que sobre autoridad política dio el Consejo de Estado.

Además, es la misma ley, artículo 19 Ley 53 de 1990, la que permite a los concejales su designación como alcaldes, caso en el que pierden automáticamente, su investidura. Este cargo por ello no prosperó;

b) Que Clemente Estupiñán fue contratista del municipio de Guapí dentro del término de inhabilidad señalado en la norma, pues desde tiempo atrás, le ha vendido el combustible que éste utiliza para los vehículos, a través de la sociedad Estupiñán Yung y Cía Ltda., de la cual es su representante legal.

El Alcalde electo niega esos hechos y afirma que la venta del combustible le realizaba Marisol Yung a título personal.

SECCION QUINTA

El Tribunal con base en la inspección judicial practicada a petición del demandante, a las dependencias de la Contraloría Departamental, en la cual se verificó un examen de cuentas a las transacciones comerciales realizadas por la sociedad Estupiñán Yung con el municipio de Guapí en diciembre de 1991 y enero de 1992, concluye en considerar como plenamente acreditado que la sociedad Estupiñán Yung Cía. Ltda., (Depósito Estupiñán o Bodega Estupiñán), en esos dos meses, celebró contratos de compraventa de combustible con el municipio de Guapí, es decir, entre el 10 de diciembre de 1991 y el 10 de marzo de 1992, período de la inhabilidad señalada en la norma. Esas transacciones fueron de diversa índole, unas por compra de combustibles, otras por servicios de transporte y otras por venta de pasajes, haciendo los respectivos pedidos el municipio, unas veces a Marisol Yung y otras a Clemente Estupiñán.

Se estableció que el Alcalde electo es socio de la Sociedad Estupiñán Yung Cía. Ltda., su representante legal y aceptó en la declaración que rindió ante la Contraloría, que Marisol Yung es su cuñada, pero negó que ella fuera la administradora, sólo dijo que “por un compromiso privado que tenemos de la asociación, entonces dentro de ese compromiso estamos negociando el negocio de combustible”.

El Tribunal concluyó que el suministro de combustible al municipio y las ventas de pasajes al mismo, los hace la citada compañía por medio de Marisol Yung, quien era la que firmaba las facturas y recibía los pagos y como Clemente Estupiñán es socio de esa persona jurídica, dicha contratación la venía efectuando por medio de ella, y por eso dio por acreditada esta inhabilidad, declarando la nulidad de la elección.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El apoderado del Alcalde electo, al interponer el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, en escrito de octubre 30 de 1992, se fundamentó en los mismos argumentos expuestos a lo largo del proceso (fls. 341 a 343).

El señor Emir Banguera Viveros, por medio de escrito de noviembre 3 de 1992, también apeló la sentencia (fls. 345- 346).

Llegado el expediente a esta Corporación, en razón de la apelación concedida por el *a quo* mediante auto de noviembre 5 de 1992, se le dio el trámite correspondiente, dentro del cual presentaron sus alegatos tanto la parte demandante como la demandada, insistiendo en los argumentos y puntos de vista expuestos a lo largo del proceso (fls. 358 a 391).

El apoderado de Estupiñán, luego de vencido el traslado para que alegaran las partes, presentó varios memoriales, los que no serán tenidos en cuenta, por extemporáneos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Octava Delegada en lo Contencioso, en su concepto número 35, solicita sea confirmada la sentencia apelada, pero por la violación del artículo 179 numeral 8º de la C. N., norma que es aplicable a cualquier persona que sea elegida para una corporación o cargo público. Como en el proceso está acreditado que Clemente Estupiñán Góngora fue elegido Concejal del municipio de Guapí para el período 1990-1992 y también Alcalde del mismo municipio para el período 1992-1994, se configuró la inhabilidad consagrada en la norma citada, por coincidir los períodos de esos dos cargos parcialmente.

Agotado el trámite del recurso, pasaremos a resolverlo luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Antes de entrar al estudio de lo sustancial del proceso, es necesario examinar lo planteado en el memorial que obra a folios 352 a 355 del cuaderno principal.

El apoderado de Clemente Estupiñán, mediante memorial de diciembre 2 de 1992, propone las siguientes nulidades del proceso, que considera son insubsanables:

a) En la primera instancia, no se ordenó remitir el expediente a la Procuraduría para concepto, violando el artículo 277 numeral 7º C. N., artículo 236 inciso final del C. C. A., y los numerales 4º y 6º del artículo 140 del C. de P. C.;

b) No se produjo el emplazamiento en forma legal a las personas indeterminadas tal como lo ordena el artículo 140 del C. de P. C., en su numeral 9º, pues la publicación del edicto en los periódicos, se hizo por fuera de la fijación del mismo (fls. 352 a 355).

Respecto al primer punto, debe anotarse que realmente el Tribunal no le corrió traslado en forma individual al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo, como lo señala el artículo 236 del C. C. A., sustituido por el artículo 70 de la Ley 96 de 1985, pero esto sucedió porque no era obligación hacerlo, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 inciso 2º del Decreto 2651 de 1991, dicho representante de la sociedad puede alegar

SECCION QUINTA

dentro del mismo término del que disponen las partes para ello, cuando sea del caso, razón por la cual no se dio la irregularidad anotada por el memorialista, como bien lo anota la colaboradora fiscal. Debe tenerse en cuenta que este decreto, empezó a regir en noviembre 25 de 1991, con un término de vigencia de 42 meses.

En relación con el segundo aspecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del C. C. A., subrogado por el artículo 60 del D. L. 2304 de 1989, numeral 4º inciso segundo, que es del siguiente tenor:

“(…)

4. Que se fije en lista por tres (3) días una vez cumplido el término de la notificación, con la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y solicitar pruebas.

Si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende. En este caso se les notificará mediante edicto que durará fijado cinco (5) días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral”.

la notificación allí señalada se da solamente si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, situación que se presentaría si el proceso hiciera referencia a la nulidad de la elección de uno o varios miembros de una corporación de elección popular, por alguna de las causales consagradas en el artículo 223 del C. C. A., subrogado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, mas no cuando el cargo a proveer es uno solo, como el de alcalde, en el que resulta elegida una sola persona.

De acuerdo con lo anterior, las publicaciones llevadas a cabo por la prensa del edicto fijado por el Tribunal, no eran necesarias para la legalidad del proceso, por lo cual, la forma en que se hubieren realizado no incide en la validez del mismo.

El demandante atacó el acto de elección como Alcalde municipal de Guapí, Cauca, del señor Clemente Estupiñán, con base en varios cargos, que señalamos a continuación:

1º. El haberse contabilizado por los jurados de votación en los sitios indicados en el libelo, como nulos o en blanco, los votos en los que aparecía la señal puesta por el elector fuera del recuadro del candidato elegido, aunque

no existiera duda de cuál era el candidato por quien se había votado. Este cargo, lo señala como configurativo de la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A.

2º. El señor Clemente Estupiñán al momento de su elección como Alcalde de Guapí, era y sigue siendo concejal de esa misma localidad, por lo cual se encuentra incurso en las inhabilidades consagradas en los artículos 179 numeral 8º de la C. N., y 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, subrogado por el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987 primera parte.

3º. Dicho señor también está inmerso en la causal del artículo 1º, párrafo segundo, de la Ley 49 de 1987, segunda parte, por haber contratado con el municipio de Guapí, unas veces por sí mismo, y otras por interpuesta persona, suministrándole combustible y vendiéndole pasajes para transporte.

Estas causales de nulidad, las encasilla el actor, en las consagradas en los numerales 2º y 5º del artículo 223 del C. C. A.

Se pasa a continuación a analizar los cargos anotados en el mismo orden, observando, que el acto demandado aportado en fotocopia junto con otros documentos por el actor con la demanda (fls. 2 a 15 cdno. 1), al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, se reputa auténtico, sin que sea necesario entrar a analizar si es suficiente o no la nota de autenticación que por los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, le fue impuesta, pues dicha norma lo excluye de esa exigencia. La mención que esa norma hace de los documentos emanados de terceros, debe entenderse que es respecto de aquellos contentivos de obligaciones, pues es lógico que respecto a estos, sí se exija la autenticación para poder demandar cumplimiento al obligado.

En este caso, los documentos que en copia fueron acompañados con la demanda, emanan de terceros; sin embargo, en ellos no consta la existencia de obligación alguna a cargo de las partes procesales, por lo cual, para efectos de este proceso se los tendrán como auténticos y por ello, demostrativos de lo que en los mismos consta.

a) Entrando a estudiar los cargos formulados contra el acto demandado, el primero se refiere a que los jurados de votación al escrutar los votos, calificaron como nulos o en blanco, algunos tarjetones que habían sido marcados por los electores por fuera del recuadro del candidato escogido por ellos, indicando a esa situación como constitutiva de la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A.

SECCIONQUINTA

“Al respecto esta Corporación ha dicho:

Para que prospere la causal segunda, la falsedad o apocricidad debe necesariamente afectar el resultado electoral.

Esta causal hay que entenderla racionalmente en el sentido de que el resultado o el registro electoral es nulo, cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en sí mismo considerado, o resulta falso o apócrifo ideológica o materialmente, por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación. En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar, mientras en lo apócrifo no lo hay. Lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. La gran diferencia entre estas dos situaciones es el factor subjetivo intencional. Pero en cualquiera de los dos casos debe producirse una alteración de resultados.” (Sentencia de febrero 25 de 1993. Expediente número 0887. Consejera Ponente doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff. Actor. César Riascos Morán).

Aunque no existen normas legales que le señalen al elector en forma precisa, el lugar del tarjetón donde debe marcarlo para que su voto sea válido, sin embargo, para darle plena aplicación al principio de la eficacia del voto, es necesario que las personas autorizadas para escrutarlos, al hacerlo tengan la certeza absoluta de cuál es el candidato escogido por el elector, pues en el momento en que tenga duda al respecto, deben desecharlo, que fue lo que ocurrió en este caso, sin que de las pruebas aportadas al proceso pueda deducirse que, en el actuar de los jurados de votación se hubiere dado mala intención en su actuar, o que dicha conducta no correspondiera a la situación de hecho apreciada por ellos.

Lo anterior, está corroborado, con la inspección ocular practicada por el Tribunal a los tarjetones electorales, con el fin de constatar el cargo formulado por el demandante, en la que se pudo establecer que la anulación de votos por el motivo anotado, se dio en general respecto a los tres candidatos inscritos para la alcaldía de Guapí, y que no es cierto lo afirmado por el actor, respecto a que la mayor parte de los votos anulados, lo fueron por Ricardo Hurtado Bravo, pues de dicha diligencia, se pudo establecer que en una proporción similar, también le fueron anulados votos al alcalde electo (fls. 223 a 233 cdno. 1).

Al no estar comprendido el cargo formulado en la demanda, en la causal de nulidad anotada, no está llamado a prosperar;

b) En relación con el segundo cargo, al proceso se aportó prueba demostrativa de que el señor Estupiñán Góngora, resultó elegido Concejal del municipio de Guapí, para el período 1990-1992, consistente en fotocopia auténtica (art. 25 Dec. 2651 de 1991) del formulario E-28 (fls. 12 a 15 cdno. 1); esta prueba fue complementada con certificación expedida por el presidente del Concejo Municipal de Guapí en marzo 10 de 1992, en la que se dice que habiéndose posesionado dicho señor como Concejal, no hay constancia de que hubiere renunciado a esa investidura hasta la fecha del certificado. Esto último lo corrobora el Registrador Municipal de Guapí, mediante oficio de marzo 25 de 1992 (fls. 8 y 9 cdno. 1). Además, no existe constancia de dicha renuncia por parte de la Alcaldía.

También se acreditó que el mismo señor resultó electo Alcalde municipal de Guapí, en el período 1992-1994, con las fotocopias auténticas (art. 25 Dec. 2651 de 1991), del formulario E-28 (fls. 2 y 3 cdno. 1).

El artículo 1º inciso segundo de la Ley 78 de 1986, señala que el período de los alcaldes será de dos (2) años, que se inicia el 1º de junio siguiente a la fecha de la elección (art. 314 C. N.).

A su vez, el artículo 85 del Decreto 1333 de 1986 dice que los concejales serán elegidos para períodos de dos (2) años y su período se iniciará el primero (1º) de agosto, siguiente a la fecha de su elección, norma vigente para la fecha en que el señor Estupiñán Góngora resultó electo Concejal.

Aunque el artículo 179 de la C. N., señala las inhabilidades para los congresistas, sin embargo, en el numeral 8º, al establecer: “Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”, está consagrando una inhabilidad de carácter general, que cobija a toda persona que se encuentra en cualquiera de las situaciones descritas en la norma.

A pesar de deferir el artículo 312 de la C. N., a la ley la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, no impide que la inhabilidad general, para todo servidor público consagrada en el numeral 8º del artículo 179 de la C. N., se aplique a los concejales, pues esta norma no señala exclusión alguna. Lo previsto en el artículo 312 de la C. N., no significa que lo regulado con anterioridad a la vigencia de la Constitución sobre inhabilidades e incompatibilidades haya quedado sin vigencia, pues lo dispuesto en ellas no se opone a lo consagrado por la Constitución, es decir, que mientras el legislador no reglamente en forma diferente esas materias, lo regulado en las normas legales citadas, seguirá vigente.

SECCIONQUINTA

Al estar comprobado que Clemente Estupiñán Góngora al momento de ser electo Alcalde municipal de Guapí, detentaba la calidad de Concejal del mismo municipio, e incluso que después de la elección siguió conservando esa calidad, surge como consecuencia que los períodos de esos dos cargos coincidieron parcialmente en los meses de junio y julio de 1992, y por ello, la inhabilidad se da legalmente, lo que implica que el cargo está llamado a prosperar;

c) En cuanto a la inhabilidad consagrada en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, modificado por el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, fundada en que el señor Estupiñán dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como Alcalde de Guapí, tenía la calidad de Concejal del mismo municipio, lo que implica que ejerció autoridad civil o política, podemos anotar que el Consejo de Estado por medio de su Sala de Consulta, en providencia de noviembre 5 de 1991. Rad. 413. Consejero Ponente doctor Humberto Mora Osejo, dijo:

“Los cargos con *autoridad* (destaca la Sala) a que se refiere la Constitución, tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el gobierno;

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la Administración Nacional, Departamental y Municipal incluidos los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios, de mando o de imposición o la sociedad, tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos, y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios, gobernadores y alcaldes, Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Concejo (sic) Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.”

Conforme al anterior concepto, que lo acoge la Sala, el señor Estupiñán Góngora al no haber ejercido como Concejal autoridad civil o política, no queda comprendido dentro de la inhabilidad que se estudia, por lo cual este cargo no prospera (art. 313 C. N.);

d) Por último, respecto a la inhabilidad consagrada en el artículo 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º, párrafo segundo de la Ley 49 de 1987, fundada en que el Alcalde electo de Guapí en los tres meses

anteriores a su elección, celebró por sí o por interpuesta persona, contratos con dicho municipio que se ejecutaron en la misma localidad, contratos que según el actor consistieron en el suministro de combustible y venta de pasajes, para acreditarlo se aportaron al proceso certificados expedidos por el secretario de la Cámara de Comercio de Buenaventura respecto a la existencia y representación de la sociedad Estupiñán Yung Cía. Ltda. (fls. 76 y 277), constancia expedida por el Alcalde y el Secretario del municipio de Guapí, fechada en mayo 28 de 1992, sobre la no celebración por Clemente Estupiñán y la citada sociedad, con el municipio de contrato administrativo alguno, una gran cantidad de cuentas y soportes contables de las transacciones comerciales atribuidas a Estupiñán Góngora (fls. 96 a 207 cdno. 1); Inspección Judicial practicada por el Tribunal a las dependencias de la Sección Examen de Cuentas, Grupo de Cuentas Municipales de la Contraloría Departamental, con el fin de examinar las cuentas municipales relacionadas con Clemente Estupiñán Góngora y la Sociedad Estupiñán Yung Cía. Ltda. (fls. 616 a 625 y 282 a 408) y unas declaraciones de testigos (fls. 252 a 272).

También se aportó copia del expediente contentivo de la investigación adelantada por la Contraloría Departamental al señor Clemente Estupiñán en razón a las negociaciones adelantadas con el municipio.

De todo este haz probatorio, se deduce:

1. Que la Sociedad Estupiñán Yung Cía. Ltda. fue constituida por medio de la escritura pública número 3586 de diciembre 2 de 1988 de la Notaría Unica de Buenaventura, con domicilio en Guapí, Cauca, que su representante legal es Clemente Estupiñán y cuyos socios son dicho señor y María Mercedes Yung de Estupiñán. La Sociedad tiene como objeto social, entre otros, la compraventa y distribución de combustibles, lubricantes, aceites y grasas.

2. Que desde muchos meses atrás, antes de la elección como Alcalde de Clemente Estupiñán, la citada Sociedad le venía suministrando combustible al municipio de Guapí, lo que ocurrió incluso en los primeros meses de 1992.

3. Que para esos suministros, la persona que se entendía con el municipio era Marisol Yung, pues a ella en su gran mayoría van dirigidas las órdenes de suministro, las facturas en papelería de la sociedad, aparecen con su firma y las cuentas de cobro fueron confeccionadas a nombre de ella.

4. Que Marisol Yung es cuñada de Clemente Estupiñán Góngora, pues así lo acepta éste en la declaración que rindió ante la Contraloría Departamental y que aunque ella no es la administradora del negocio, sí existe un pacto privado entre ellos para comprar el mismo.

SECCION QUINTA

De acuerdo con lo anotado y teniendo en cuenta lo estipulado en los artículos 130 y siguientes, del Decreto 222 de 1983, las transacciones adelantadas entre el municipio de Guapí y dicha Sociedad, son constitutivas del contrato de suministro. Pero como dichos suministros vienen sucediendo desde muchos meses antes de la elección como Alcalde de Clemente Estupiñán Góngora, sin que al expediente se hubiere acompañado documento alguno en el que conste la celebración de dicho contrato, hay que entender que tal contrato de suministro, escrito o verbal, se celebró desde mucho antes del 8 de diciembre de 1991 y se ha prolongado en el tiempo, por lo cual, como la norma que consagra la inhabilidad, exige que el contrato se haya celebrado dentro de los tres meses contados hacia atrás, desde la fecha de la elección, no se ha configurado la inhabilidad materia de estudio.

Además, debe tenerse en cuenta, que quien contrató con el municipio fue la Sociedad Estupiñán Yung y no Clemente Estupiñán, persona jurídica aquella, completamente distinta de ésta, que es natural, sin que al proceso se hubiere aportado prueba demostrativa, de que esas convenciones contractuales las llevó a cabo ese ente jurídico a nombre del alcalde electo. Por lo anotado este cargo no está llamado a prosperar.

Se aprovecha la oportunidad para llamarle la atención a la Secretaría del Tribunal, en cuanto al gran desorden que presenta el expediente no sólo en su foliado, sino también en la conformación de los cuadernos y omisión de dejar constancias en la presentación de los memoriales.

Por lo anotado, habrá de confirmarse la providencia apelada, y por ello el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaboradora fiscal,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de octubre 27 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y en firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Ref.: Expediente número 0905

Electoral Segunda Instancia

Procesos acumulados sobre Nulidad de Concejales para Santafé de Bogotá, D.C.

Actores: Ignacio Cifuentes Gutiérrez y otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en tiempo contra la sentencia de fecha 22 de octubre de 1992, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones de las demandas acumuladas, y se declaró inhibido para resolver en el fondo, respecto a uno de los procesos, como se ve en el ordinal tercero.

Para facilitar el estudio, se tendrá en cuenta el número de radicación que corresponde en el Tribunal a cada proceso, haciendo referencia en un solo aparte o capítulo a la acción, sus fundamentos y contestación de la respectiva demanda.

ANTECEDENTES

Demanda el ciudadano Ignacio Cifuentes Rojas la nulidad del acto por el cual, la Comisión Escrutadora Distrital con fecha 14 de marzo de 1992, declaró electo como concejal de Bogotá, D. C., al señor Colin Campbell Crawford Christie. Consecuentemente, la cancelación de su credencial y la elección del candidato que le siguió en lista.

El fundamento de la petición consiste en que al momento de inscribirse (3 de febrero de 1992), el citado ciudadano como candidato al Concejo de esta ciudad, no presentó cédula alguna, jurando al momento de aceptar que poseía la número 79630919. Pero de acuerdo con certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el documento apenas se encontraba en trámite para

SECCION QUINTA

su expedición “cuya fecha era el 9 de mayo de 1992”, por tanto carecía de aptitud política como elegible porque la cédula de ciudadanía es requisito necesario para el ejercicio de los derechos políticos.

Como violados se invocan los artículos 4, 7, 29, 95 y 99 de la Constitución Nacional; 1 de la Ley 39 de 1961; 6 de la Ley 6 de 1990; 1 numeral 1 del C.E. y 1 del Decreto 051 de 1986, normas que señalan los requisitos para el debate electoral y las calidades que deben tener las personas que aspiren a ser elegidas, uno de los cuales es ser ciudadano en ejercicio (art. 99 C.N.), que no se da en el demandado, siendo su inscripción irregular y conforme al numeral 9 del artículo 192 del C.E., constituye causal de reclamación, lo cual lo hace inelegible y por tanto nula su elección.

Al contestar la demanda por medio de su apoderado, el electo Concejal, se opone a las pretensiones del actor, explicando en amplio escrito (fl. 56), los pormenores jurídicos tendientes a desvirtuarlos, en uno de cuyos apartes señala que la Ley 39 de 1961 sufrió derogación tácita en virtud de la Ley 28 de 1979, debidamente reglamentada. Precisa que es ciudadano colombiano por adopción cuyo ejercicio no le ha sido suspendido. Estima que la ciudadanía no se pierde por el simple hecho de estar en trámite de la cédula de ciudadanía y que no sólo estaba legalmente habilitada para hacer uso del derecho a ser elegido sino que su inscripción igualmente se ajustó a la ley.

El ciudadano Manuel Vicente Nope Pachón, obrando en su propio nombre, ocurre ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en similar demanda de nulidad del acto de elección del señor Crawford Christie Campbell como concejal de Santafé de Bogotá, con fundamento en que para las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, no se inscribió legalmente la lista número 061 encabezada por el citado candidato, porque éste carecía para ese momento de cédula de ciudadanía y “así mal podía prestar el respectivo juramento”, incumpléndose lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 192 del C.E.

De consiguiente, su declaratoria de elección como concejal de este Distrito Capital para el período 1992-1994, es nula.

Indica como violada la antecitada disposición porque: “la inscripción requiere de la presentación personal del candidato y, consecuentemente, de la aceptación juramentada del mismo. Para ello es necesario que el candidato se identifique como ciudadano colombiano y por eso, cuando el candidato no es ciudadano colombiano y no tiene su respectiva cédula de ciudadanía y, sin embargo se le inscribe, el respectivo acto administrativo de inscripción es nulo,

como nulos son todos los actos que hayan sido expedidos con base en dicha inscripción, por ser esta (sic) un acto preparatorio de otro posterior, cual es el acto que declara la elección...

El Procurador Judicial del Concejal Colin Campbell Crawford Christie en memorial que obra a folios 31 y siguientes, hace manifestación expresa a 109 hechos de la demanda oponiéndose a las pretensiones.

Acepta, que al momento de inscribirse su mandante como candidato al concejo, no poseía la cédula laminada, pero precisa que ese motivo no es un impedimento legal para el ejercicio de los derechos políticos, agregando que para su inscripción aquél, además de ser ciudadano en ejercicio por adopción, cumplió todos los demás pasos previstos para legitimar ese acto.

A este proceso, acudió como parte impugnante el ciudadano Efraín Valencia Castillo (fl. 23) con el fin de solicitar algunas pruebas tendientes a demostrar que el demandado al momento de su elección, era ciudadano colombiano.

Expediente 2559

Víctor Velásquez Reyes es el ciudadano que en su propio nombre demanda en este proceso “la nulidad parcial del acta, en lo atinente a la declaratoria de elección como Concejal de Santafé de Bogotá, D. C., del doctor Antonio Alvarez Lleras, hecha el día 14 de marzo de 1992, emanada de la Comisión Escrutadora Distrital” y la cancelación de su credencial.

El punto de apoyo de su pretensión consiste, en que de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 11 de 1986, “no pueden ser elegidos como concejales las personas que, en el desempeño de un cargo público, hayan sido sancionados por más de 2 veces”. Explica que los actos de inscripción y elección como Concejal del citado profesional son violatorios del régimen de inhabilidades porque éste tiene en su “prontuario administrativo” seis (6) sanciones, que van desde amonestación verbal hasta suspensión. Para probar el hecho acompaño a la demanda (fl. 41), una constancia de la personería de esta ciudad.

A folio 35 del expediente, obra poder legalmente conferido por el demandado a un abogado en ejercicio, quien en esa condición solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, porque mediante el documento expedido por la personería no se demuestra “imposición de sanciones”, ya que sólo se trata de una solicitud en tal sentido dirigida a la Alcaldía Mayor de Bogotá.

SECCION QUINTA

Expediente 2406

La demanda en este proceso está suscrita por los ciudadanos Israel Morales Portela y Samuel Hilarion Bochel, quienes en ejercicio de la acción pública electoral, solicitan la nulidad del acto por el cual la Comisión Escrutadora Distrital, el 14 de marzo de 1992, declaró la elección de 28 concejales para Santafé de Bogotá, D. C., en el período 1992-1994 y como consecuencia, se cancelen sus credenciales y se fije fecha para nuevos escrutinios. Adicionalmente se solicitó la suspensión provisional del acto.

Los hechos fundamento de las pretensiones están resumidos en el fallo recurrido así:

El Registrador Nacional ordenó mediante circular número 94 se continuarán preparando cédulas de ciudadanía con la advertencia de que colocara como fecha de expedición una posterior al 8 de marzo de 1992, mediante Resolución 4777 ordenó abrir la inscripción de cédulas desde enero 8/92 hasta enero 17 del mismo año, el 28 de enero de 1992 expidió constancia en papel común al señor Colin Campbell Crawford Christie ordenando a los registradores Distritales o a quienes correspondiese la inscripción del mencionado señor como candidato cabeza de lista al Concejo Distrital de Santafé de Bogotá por el partido Nacional Cristiano a pesar de que dicho señor no poseía cédula laminada.

El 4 de febrero de 1992, el señor Francisco Rojas Birry actuó como inscriptor del señor Carlos Alonso Lucio López, como candidato del "M-19 Alternativa Nacional" para la Alcaldía, jurando pertenecer a dicho movimiento; sin embargo, a los 10:00 a.m. del 4 de febrero de 1992, el señor Francisco Rojas Birry juró ante los mismos Registradores Distritales que pertenecía a un partido diferente llamado Alianza Social Indígena, al inscribirse como cabeza de lista para el Concejo Distrital de Bogotá y en ese mismo momento Carlos Alonso Lucio López, juraba que pertenecía a "Alianza Social Indígena", lo cual hizo cuando firmó y aceptó ser uno de los inscriptores del señor Birry.

3. El 3 de febrero de 1992 aparece inscrito el señor Colin Campbell Crawford Christie ante los Registradores Distritales Guillermo Aníbal Ortega y Luis Eduardo Hormiga Galvis con la cédula de ciudadanía 79630919, sin tener en el momento de la inscripción dicha cédula.

4. El 27 de febrero de 1992, mediante Resolución 857 se permite lo siguiente: "Para las elecciones del 8 de marzo de 1992, 109 partidos y movimientos políticos podrán presentar testigos electorales a razón de

uno por puesto de votación, hasta cuatro por cada mesa". Dicha resolución está firmada por Camilo Osorio Izasa como Registrador Nacional del Estado Civil, quien expide también la Resolución 958 por la cual establece los horarios que deben cumplir los testigos electorales. Esta resolución aclara la 857.

5. Los señores Samuel Hilarion Bochell, Abel Torres Navarro y Alejandro Agudelo Sierra, de las zonas 4, 14 A y 15, respectivamente, el 13 de marzo/92 presentan recurso de reposición y en subsidio de apelación para ante el Consejo Nacional Electoral, conforme a los artículos 192 y 193 del Decreto 2241/86. El mismo día Leonardo González Márquez y otros, presentaron reclamación y en subsidio apelación, en caso de negación inicial, contra Colin Campbell Crawford Christie por inscripción ilegal de su candidatura, no siendo resuelta, pues no se le dio traslado al competente respectivo.

6. El 14 de marzo/92, la Comisión Escrutadora Distrital se niega a recibir impugnaciones y/o recursos de apelación, incluso contra las mismas resoluciones que acababa de proferir y en forma arbitraria hicieron desalojar el lugar donde se encontraban los testigos electorales recurriendo a la fuerza pública.

7. El 15 de marzo se presentaron los delegados del Consejo Nacional Electoral para llevar a cabo los escrutinios de ley y en forma insólita los Registradores Distritales Luis Eduardo Hormiga Galvis y Guillermo Aníbal Ortega, rechazaron a los doctores Oscar Gómez Santa y Héctor Acosta Neira quienes iban a cumplir su función, informándoles que los escrutinios y las declaraciones de elección para Alcalde, Concejo y Juntas Administradoras Locales para Santafé de Bogotá, ya habían sido hechas y el acto administrativo ya estaba en firme. Los delegados del Consejo Nacional Electoral procedieron a elaborar un acta declarando la nulidad total de la actuación hecha por la Comisión Escrutadora Distrital y convocando nuevamente a los testigos electorales que se encontraban presentes para que hicieran valer sus reclamaciones o formularan nuevas peticiones.

8. El 17 de marzo los delegados comenzaron a dar lectura a las resoluciones comprendidas entre el número 001 al 008 por medio de las cuales desataban 105 recursos interpuestos, en forma nuevamente violatoria de la ley, por lo cual los afectados interpusieron oportunamente los recursos de apelación sin que se les diera traslado a los mismos y declarando acto lleno de violaciones a la ley.

SECCION QUINTA

Estiman violados los artículos 6 de la Ley 6 de 1990; 19 Ley 96 de 1985; 40 numeral 7, 99 y 100 de la C. N., 1 de la Ley 39 de 1961; 93, 121, 122, 166, 168, 192 y 193 del C.E. y 209 y 228 de la C. N.

Al explicar el concepto de violación, aducen los demandantes que sobre las irregularidades relatadas en los hechos de la demanda, en relación con las normas violadas y el concepto de violación, en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992 en Santafé de Bogotá, se presentaron vicios en el proceso electoral, “que ameritan la nulidad de la elección”, tanto en la etapa preparatoria como en la posterior, con violación directa del sistema del cuociente electoral previsto en el artículo 263 de la C. N., que figura como causal de nulidad en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A.

A este proceso sólo concurrió, de los demandados, el concejal Colin Campbell Crawford Christie (fls. 86 y ss.), para oponerse por conducto de apoderado a las pretensiones de la demanda respondiendo los hechos y presentando los mismos argumentos expuestos en los expedientes 2342 y 2305 como motivos de defensa en lo que a él respecta y aduciendo otros, con relación a la demanda generalizada cuyos puntos serán tenidos en cuenta al momento de analizar los correspondientes cargos.

Expediente 2322

El ciudadano Hildebrando Ortiz Lozano, en su propio nombre, ocurre en demanda de nulidad del acta general de escrutinios practicados por los delegados del Consejo Nacional Electoral, sobre las elecciones celebradas el 8 de marzo de 1992 en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y además de la declaratoria de elección y actas de escrutinio de votos correspondientes al concejo de la misma ciudad y “las providencias, conceptos y resoluciones emanadas durante todo el proceso de escrutinios”.

Apoya sus peticiones en los hechos que la Sala resume así:

El Registrador Nacional del Estado Civil al ordenar mediante la Resolución número 4777 del 13 de diciembre de 1991, el cierre de las inscripciones de cédulas a partir del 17 de enero de 1992, violó el artículo 19 de la Ley 96 de 1985, al señalar esta norma que en ningún caso la inscripción podrá cerrarse con más de un mes de anticipación a la fecha de las respectivas elecciones. El hecho así mismo, viola directamente los artículos 29 y 40 de la C.N., “al ordenar un acto extemporáneo...” inobservándose el debido proceso y negarse a miles de personas el derecho a elegir y ser elegidos, pero al mismo tiempo autoriza la inscripción del señor Colin Campbell Crawford Christie, sin

llenar el requisito de la cédula laminada de acuerdo con la Ley 39 de 1961, contraviniendo el artículo 3 del C.C.A.

Relaciona el actor una serie de requisitos que, al ser omitidos por el señor Crawford Christie, no le permiten ser ciudadano colombiano, como la falta del acto expedido por Juez o Tribunal escocés respaldando la Carta de Naturaleza, la que debe ser revocada ante las afirmaciones falsas que hizo para su otorgamiento.

Aduce, que al expedir el Congreso la Ley 02 de 1992, violó la Constitución en sus artículos 29 sobre el debido proceso y 40, al no permitir a los ciudadanos el derecho de elegir y ser elegido en el sitio donde estaban inscritos, pues fue expedida el día 21 de febrero cuando ya estaban cerradas las inscripciones de cédulas “y nadie pudo inscribirse nuevamente en el lugar que lo ordenaba la Ley 02 de 1992...”

Se refiere en los artículos 5, 7 y 8 esta ley, sobre requisitos para inscripción de alcaldes y facultades al Gobierno Nacional para atender los gastos del debate electoral del 8 de marzo de 1992 con apropiaciones presupuestales, para señalar que tanto el Presidente como el Procurador y Contralor General de la Nación ignoraron el artículo 34 transitorio de la Constitución cometiendo delito de prevaricato por omisión.

La Ley 02 citada también viola el artículo 109 de la C.N., porque el Gobierno autorizó financiar campañas de los partidos y movimientos políticos, representados en el Congreso con o sin personería jurídica, en vez de financiar directamente a los candidatos.

Insiste en la inobservancia del debido proceso, tanto en los escrutinios realizados por la Comisión Escrutadora Distrital, al desconocerse por esta “todos los derechos”, que les concede el C. E., a los testigos electorales, pues no se tramitaron sus reclamos, ni los Delegados del Consejo Nacional Electoral oyeron sus apelaciones, violando el artículo 25 sobre derecho al trabajo; artículo 290 del Código Penal sobre violación de la libertad del trabajo y de acuerdo con el artículo 254 *ibidem*, configura un fraude electoral, agregando a estos hechos otros ocurridos en esas instancias y que según el actor configuran vicios que afectan con nulidad esos actos.

El concejal Colin Campbell Crawford Christie, por medio de apoderado (fls. 225 y ss.) contestó la demanda concluyendo, después de sus planteamientos jurídicos, que los artículos que se aducen como violados en la demanda no quebrantan norma alguna de igual o superior jerarquía y las causales de nulidad

SECCION QUINTA

para el *sub judice* son claras y expresas y se encuentran taxativamente consagradas en la ley.

Expediente 2409

El ciudadano Luis Fernando Cruz Arango demandó la nulidad de la declaratoria de elección como concejal del Distrito Capital de Santafé de Bogotá del señor Colin Campbell Crawford Christie; la cancelación de su credencial y la realización de nuevos escrutinios.

Según el libelo demandatorio, el citado ciudadano encabezando la lista número 061 a nombre del Partido Nacional Cristiano, el 3 de febrero de 1992 se inscribe como candidato al concejo de esta ciudad para el período 1992-1994, sin que a la fecha de las elecciones, 8 de marzo de 1992, tuvieran cédula de ciudadanía, pues ésta sólo le fue expedida el 9 de marzo siguiente, siendo por tanto nula su elección al no poderse contabilizar la lista que encabeza por no reunir el candidato las calidades constitucionales o legales para ser electo.

Considera violados los artículos 99 de la C.N., 1 del Decreto 51 de 1986; Ley 27 de 1977 que modificó la Ley 39 de 1961.

A folio 64 a través de apoderado el demandado se refiere a los hechos, formulando oposición a las pretensiones de la demanda, y tal como lo ha expresado al responder los cargos que en el mismo sentido se le hacen en algunos de estos procesos acumulados, dice que su inscripción como candidato al Concejo de Santafé de Bogotá, se ajustó completamente a la ley sin que se den las inhabilidades alegadas que le impidan ejercer el cargo.

El doctor Efraín Valencia Castillo se hizo presente como parte impugnante aportando y solicitando pruebas, para rebatir los hechos de la demanda (fl. 84).

Expediente 2395

Ocurre ante el Contencioso Administrativo de Cundinamarca el ciudadano Hildenbrando Ortiz Lozano, y formula así sus pretensiones:

Lo que se demanda

Lo que se demanda es el acta de solicitud, constancia de aceptación e inscripción de candidatos a corporaciones públicas correspondiente a Francisco Rojas Birry para las elecciones del 8 de marzo de 1992 como candidato al Concejo para Santafé de Bogotá Distrito Capital.

Lo que se pide

1. Decretar la nulidad de la elección y cancelación de credenciales al señor Francisco Rojas Birry, como consecuencia de las falsedades consignadas en el acta demandada, como lo ordena el artículo 227 del C.C.A., en los numerales 2 y 5, y violación del artículo 172 del Código Penal.

2. Que como consecuencia de los falsos testimonios cometidos por los señores Francisco Rojas Birry y Carlos Alonso Lucio López, este último también candidato a la Alcaldía de Santafé de Bogotá, se ha violado de nuevo el artículo 223 del C.C.A., en su numeral 4, lo cual varía totalmente el cuociente de todos los concejales y del Alcalde electo por Santafé de Bogotá Distrito Capital, y obliga a declarar la nulidad de la elección y cancelación de credenciales a todos los concejales y al Alcalde electo por Santafé de Bogotá, D.C., por violación del artículo 223 del C.C.A., en sus numerales 2, 4 y 5.

3. Como consecuencia de lo anterior debe citarse a nuevas elecciones.

4. Que se le dé cumplimiento al artículo 152 del C.C.A., de inmediato.

Para fundamentar las pretensiones expuso los hechos que a continuación se transcriben textualmente:

El señor Francisco Rojas Birry, portador de la cédula 11970648 firmó y juró pertenecer a la Alternativa Social M-19 en el momento que fué (sic) uno de los inscriptores de la candidatura del señor Carlos Alonso Lucio López a la Alcaldía de Santafé de Bogotá, D. C., para las elecciones del día 8 de marzo de 1992, hecho cumplido, según aparece en el Formulario E-9 correspondiente a la inscripción del señor Carlos Alonso Lucio Lopez (sic), a las 10:55 del día 4 de febrero de 1992. (Adjunto dicha prueba autenticada).

El señor Francisco Rojas Birry, portador de la cédula 11790648 se hizo inscribir como candidato al Concejo de Santafé de Bogotá, D. C., para las elecciones del día 8 de marzo de 1992 a nombre de la Alianza Social Indígena, "y firmó y juró" pertenecer a la Alianza Social Indígena, hecho cumplido el día 4 de febrero de 1992 a las 10:58. Sin embargo, hacía 3 minutos antes había jurado y firmado pertenecer a la Alternativa Social M-19, por lo que se comprueba que cometió el delito de falso testimonio.

A su vez el señor Carlos Alonso Lucio López, portador de la cédula 79159713 se inscribió como candidato a la Alcaldía de Santafé de Bogotá, D.C. (sic) para las elecciones del día 8 de marzo de 1992 y firmó y juró pertenecer a la Alternativa Social M-19, según consta en el

SECCION QUINTA

formulario de inscripción E-9, hecho cumplido el día 4 de febrero de 1992 a las 10:55 (adjunto prueba autenticada).

Momentos después el señor Carlos Alonso Lucio López, portador de la cédula 79159713, firmó y juró pertenecer a la Alianza Social Indígena en el momento en que fué (sic) uno de los inscriptores de la candidatura del señor Francisco Rojas Birry al Concejo de Santafé de Bogotá, D.C. (sic) para las elecciones del día 8 de marzo de 1992, hecho cumplido, según aparece en el formulario E-9 correspondiente a la inscripción del señor Francisco Rojas Birry, a las 10:58 del día 4 de febrero de 1992. Sin embargo, hacía 3 minutos antes había jurado y firmado pertenecer a la Alternativa Social M-19, por lo que se comprueba que cometió el delito de falso testimonio.

Con las anteriores conductas los demandados violan 105 artículo 223 numerales 2, 4 y 5 del C.C.A., y 172 del Código Penal, y se debe por tanto descontar de los escrutinios generales los votos obtenidos por éstos, “lo cual anula totalmente el cuociente obtenido por todos los concejales y el alcalde en las elecciones del 8 de marzo de 1992”.

El concejal Rojas Birry, obrando por medio de apoderado, a folios 24 y siguientes se opone a las peticiones de la demanda, excepcionando su ineptitud por no haberse aportado de manera íntegra el acto acusado y darse la inexistencia de la nulidad por ser éstas taxativas y de interpretación restringida, y de acuerdo con el artículo 223 del C.C.A., sólo tienen las “actas de escrutinio” de los jurados de votación y de toda corporación electoral. La demanda se dirige contra actos distintos y por tanto no es viable la nulidad solicitada.

Propone así mismo la excepción “inexistencia del delito de falso testimonio y mutilación del documento aportado como prueba”, porque al aportarse la de aceptación e inscripción de los candidatos, se hizo en norma mutilada, no presentando los documentos sino el contenido de su cara principal pero no el del respaldo el cual se ocultó de manera tendenciosa.

El inscriptor de un acta es tan sólo un testigo instrumental que da fe del movimiento político del candidato y formalización de su inscripción, y el que presta el juramento es éste y no aquél, por consiguiente no incurre en falso testimonio.

Expediente 2408

Esta acción la impulsó el ciudadano Jorge Quintero Aguirre, quien en nombre propio demandó el mismo acto reiterado en los procesos acumulados,

pero en cuanto éste declara electo al señor Juan José Medina como Concejal de Bogotá para que se decreta su nulidad con cancelación consecuente de su credencial y realización de nuevos escrutinios. El cargo concreto que se le formula consiste, en que el ciudadano demandado, antes de su inscripción y elección y posteriormente a ésta, se desempeñó como miembro principal de la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, cargo para el que fue elegido mediante acta número 02 del 9 de agosto de 1990, que allega como prueba y participó en sesión de Junta del 20 de febrero de 1992, tal como aparece del acta número 03 de esta fecha.

El acta de elección es nula porque viola el Decreto 133 (sic) de 1986 artículo 45 que dice: "Nadie podrá intervenir en negocios de los que tuvo conocimiento hasta un año después de haber abandonado el cargo, por medio del cual accedió a tal conocimiento".

Apoya sus planteamientos con apartes de Jurisprudencia de esta Corporación que cita a folio 5 y hace otros planteamientos de acuerdo con su criterio, para concluir que al decretarse la nulidad demandada debe procederse a la realización de nuevos escrutinios con exclusión de los votos de la lista 124 encabezado por Medina Berrío.

El demandado dio respuesta al libelo demandatorio a través de apoderado judicial, manifiesta que el hecho sexto no es cierto como está redactado, puesto que, era miembro de la Junta Directiva del IDU, en representación del Concejo Distrital, cargo del cual renunció el 3 de marzo de 1992.

Se opone a las pretensiones manifestando que de acuerdo con los artículos 159 y 162, Decreto 1333 de 1986; 1 de la Ley 49 de 1989 incurso en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstos en la Ley.

Propone la excepción de inepta demanda por caducidad de la acción al estimar que si bien se presenta el último día hábil (22 de abril de 1992) al disponerse su corrección por disposición del Tribunal y presentarse ésta el 30 de abril siguiente ya era extemporánea, "pues el término de 5 días dado por el magistrado para corregir el defecto anotado, no puede entenderse como prórroga del perentorio fijado por la Ley 14/88 en su artículo 7, sino que el mismo sólo tiene sentido, cuando se encuentra dentro del establecido para ejercitar la acción pública de nulidad".

"Excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales", por falta de cumplimiento de 105 requisitos señalados en los incisos 1 y último del

SECCIONQUINTA

artículo 139 del C.C.A., por cuanto no se acompañó prueba de notificación del acta y de copias para el traslado de la demanda.

“Inexistencia de causa legítima”, porque el señor Medina Berrío no ha sido funcionario, ni empleado del IDU y el hecho de ser miembro de su Junta Directiva no le da el carácter de empleado público.

“Inexistencia de la norma indicada como violada (Decreto 133 de 1986)”, dado que, al revisar detenidamente el “Régimen de Empleado Oficial” de Legis Editores S.A. y su índice de promulgación de normas por el año de 1986, no aparece el decreto mencionado.

La acumulación de los procesos fue decretada en auto de 6 de julio de 1992, proceso principal:

LA SENTENCIA RECURRIDA

Al pronunciarse sobre cada una de las demandas en estos procesos acumulados, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la providencia recurrida de fecha 22 de octubre de 1992 (fls. 115 y ss.) denegó las pretensiones formuladas por los diferentes actores, excepto en el expediente número 2395 donde se inhibió de fallar por las razones que oportunamente se analizaran.

Siguiendo el mismo orden empleado en la sentencia, se refiere la Sala a los fundamentos tenidos en cuenta para la decisión.

Expediente 2342

Expresa el *a quo*, que en este proceso sólo aparece un cargo consistente en la violación de los artículos 1 de la Ley 39 de 1961; 6 de la Ley 6 de 1990; 1 numeral 1 del C. E. y 1 del Decreto 051 de 1986, porque de acuerdo con el artículo 99 de la Constitución Nacional, es indispensable tener la calidad de ciudadano en ejercicio al momento de votar o ser elegido, pues, el artículo 192 del C.E., estatuyó como causal de reclamación la inscripción irregular de candidatos.

Sobre esta base precisa que “no se advierte por parte alguna la remisión, cita o fundamentación del cargo con referencia a una de las causales de nulidad electoral, omisión que constituye ausencia del presupuesto procesal de carácter sustantivo...” puesto que en esta materia es necesario que el marco jurídico encabezado en el concepto de violación se relacione expresamente con una de esas causales, las que están señaladas en el artículo 223 del C.C.A., “sin que sea posible que el Juzgador subsane la omisión dado el carácter rogado de esta Jurisdicción...”.

Agrega, que el supuesto de hecho tampoco encaja dentro de la causal de reclamación del numeral 9 del artículo 192 del C.E., que fue la invocada en la demanda. El cargo no prosperó.

Expediente 2405

La acusación se remite únicamente a señalar que para el acto de inscripción, es necesario que el candidato se identifique como ciudadano colombiano con la respectiva cédula de ciudadanía del numeral 9 del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, como ocurrió en este caso.

Considera el Tribunal que este “abreviadísimo” cargo, carece por completo de sustento en una causal de nulidad electoral, no estando la demanda llamada a prosperar, por ser al igual que la anterior, inepta sustantivamente a efecto de obtener éxito en la pretensión, siendo por las mismas razones expuestas impeseró el cargo.

Expediente 2409

Igualmente, como en los casos anteriores, el cargo es único y se refiere a la violación del artículo 99 de la Constitución Nacional; el Decreto número 51 de 1986 y de las Leyes 39 de 1961 y 27 de 1977 que modificó la Ley 39 de 1961, en razón de que el señor Crawford a la fecha de la inscripción de su candidatura y a la de su elección, no poseía cédula de ciudadanía, incumpliendo con los requisitos que las citadas normas exigen para acreditar la calidad de ciudadano y al no serlo “los votos que se computaron a su favor y el acta que declara su elección son nulos, por haberse contabilizado dichos votos a favor de un candidato que no reunía las calidades Constitucionales o legales para ser electo”, conforme lo determina el artículo 223 numeral 5 del C.C.A., siendo esta la causal invocada por el actor.

Se expresa en el proveído, que ciertamente, de acuerdo con el artículo 99 de la C.N., para ser elegido es necesario acreditar la calidad de ciudadano en ejercicio, pero que siendo la ciudadanía como atributo de la nacionalidad de dos clases, o sea, por nacimiento y por adopción, esta última permite a los extranjeros que obtengan carta de naturalización ostentar esa condición y poder ejercer el derecho político “que ingresa al patrimonio jurídico del ciudadano nacionalizado colombiano”.

“Ese es el claro contenido de los artículos 96 estudiado en concordancia con el 98 de la Carta de 1991, cuyo antecedente histórico en materia de igualdad en el ejercicio de los derechos para todos los nacionales colombianos por nacimiento o por adopción, se remonta a la reforma Constitucional de 1936 artículo 5 del acto legislativo de ese año”.

SECCIONQUINTA

Aduce, que el artículo 1 del Decreto 51 de 1986 fue subrogado por el artículo 78 del Decreto 2241 de 1986 y por tanto, no es procedente su confrontación con el acto impugnado. Y “si fuera válido el examen de tal norma, aunque se citó la que dejó de estar vigente... es evidente que lo que allí se plasmó fue la exigencia para el elector que desee su incorporación al censo electoral de presentarse personalmente ante el funcionario que realiza su inscripción y estampar la huella dactilar”.

Respecto a la cédula laminada, precisa que el título V del C. E., no hace alusión ninguna a la identificación del candidato con ese documento, pero que si se dedujera que el mandato del artículo 1 de la Ley 39 de 1961, fue desconocido por el demandado, sin que pudiera ser suplido el requisito por el certificado expedido por la Registraduría del Estado Civil, desconociéndose su valor probatorio, el hecho daría lugar a una irregularidad no susceptible de reclamo ante las autoridades electorales o de esta jurisdicción, porque no configura causal de reclamación ni tampoco de nulidad.

Concluye admitiendo la legalidad de la inscripción cuestionada y por tanto, desestimando el cargo.

Expedientes 2322 y 2406

Tienen cargos comunes: violación de los artículos 40 numeral 7, 99 y 100 de la C.N., y Ley 39 de 1961 en su artículo 1, señala el *a quo* que con algunas diferencias y matices, las acusaciones son similares en cuanto atacan el acto de inscripción del señor Crawford como candidato, por falta de cédula laminada, y como esta circunstancia ya se analizó en el proceso 2409, se remite a lo allí expresado, agregando que en los libelos de este subtítulo, “no se indicó un concepto de violación que haga relación con las causales de nulidad en materia electoral de que trata el artículo 223 del C.C.A., defecto que no obsta para reiterar lo antes expuesto”.

En el proceso número 2322 se indica violado el artículo 3 del C.C.A., por parcialidad de las autoridades electorales, norma general, que según estima, frente a los hechos expuestos por el actor, no encuentra su campo de aplicación, además, esas autoridades deben regirse por el principio de imparcialidad que de manera especial consagra el C.E.

Agrega, que no debe confundirse la inscripción para el censo electoral con la inscripción de candidaturas, puesto que una y otra tienen su propia regulación.

En lo que alude a la existencia de la doble nacionalidad del candidato, señala, que se deben tener en cuenta las modificaciones introducidas por la

Constitución en esa materia, precisando al respecto que el artículo 96 deja sin fundamento la afirmación de los demandantes, cuando dice que... “los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción” y concluye:

En cuanto al ataque sustentado en la violación del artículo 19 de la Ley 96 de 1985, formulado por el demandante en el proceso 2322, no puede prosperar porque dicha norma incorporada al Código Electoral bajo el canon 78 de esa codificación, no es aplicable al caso que se debate pues son dos temas diferentes, el de la inscripción de cédulas para el levantamiento del censo electoral y el de la inscripción de candidaturas.

Finalmente la petición que se formula en el expediente número 2406 para que se dé aplicación al artículo 221 del C.C.A., es a todas luces improcedente, pues la nulidad de las cartas de naturaleza cuya acción procesalmente regula la norma que se pide cumplir, se tramita en proceso especial y autónomo a partir de una demanda normal y materialmente conducente a una sentencia.

La simple petición accesoria e impertinente para concluir un cargo dentro de un proceso electoral no reúne en lo más mínimo esas exigencias, ni es acumulable una pretensión en tal sentido a las de nulidad electoral.

No prosperan los cargos de las citadas demandas formuladas contra la elección del señor Colin Campbell Crawford Christie.

De manera que al no hallar prosperidad los cargos analizados en los procesos citados precedentemente, la presunción de legalidad de las actas que contienen la declaratoria de elección de Colin Campbell Crawford Christie, no se desvirtuó y habrán de negarse las pretensiones correspondientes.

Expediente 2359

También en este proceso se presenta un solo cargo en apoyo de la pretensión de nulidad del acto, en cuanto al concejal Antonio Alvarez Lleras. Se afirma que su inscripción y elección, “flagela de manera directa los artículos 83 del C. de R. P. y M., y de contera el artículo 3122 de la Constitución Política, pues el legislador establecía, como se observa de la ley, más causales de inelegibilidad”.

Frente a esta acusación considera el *a quo*, que dado el precario concepto de violación, “se imposibilita el juzgamiento de las normas citadas, máxime

SECCIONQUINTA

cuando no se concreta la causal de nulidad que en materia electoral está contemplada en los varios numerales del artículo 223 del C.C.A.", a lo que se agrega la deficiencia probatoria, porque de los documentos allegados con la demanda, "se deduce que la inhabilidad predicada se sustenta en la existencia de más de dos sanciones en cualquier época por faltar a los deberes de un cargo público", pero los actos sancionatorios no se demostraron y la prueba aportada consiste en solicitudes hechas por el personero delegado para la vigilancia administrativa, ante el Alcalde Mayor de Bogotá en diciembre de 1984, para que las impusiera, hecho éste que se ignora en el proceso. Por tanto el cargo no prosperó.

Se refiere el cargo, a que el señor Francisco Rojas Birry incurrió "en falso testimonio porque juró pertenecer a la Alianza Social Indígena y también juró y firmó pertenecer a la Alternativa Social M-19, lo cual se deduce de los formularios de inscripción E-9, acreditando la existencia de las causales de nulidad de los numerales 2 y 5 del artículo 223 del C.C.A., al igual que del artículo 228 *ibidem*. Delitos en los que incurrió también el señor Carlos Alonso Lucio López al jurar pertenecer a los mismos movimientos políticos, lo que da lugar al descuento de los votos obtenidos por los antecitados ciudadanos en los escrutinios generales y de consiguiente, la anulación total del cociente obtenido por todos los concejales y el alcalde electo para Santafé de Bogotá en las elecciones del 8 de marzo de 1992.

Partiendo de los hechos que estructuran el cargo y del *petitum* de la demanda, el Tribunal considera que ésta no puede decidirse en el fondo, porque los actos demandados son de mero trámite y no de aquéllos señalados en el artículo 228 del C.C.A., además de ser inepta al haberse incluido en el mismo libelo pretensiones de nulidad contra la elección de un concejal, "las que de reunir los requisitos para obtener fallo de mérito afectarían la elección de concejales de una entidad territorial, con pretensiones dirigidas a obtener la nulidad de la elección de alcalde de esa misma entidad territorial, no susceptible de fallarse en este mismo proceso simultáneamente", porque no se trata de la misma elección y no hay identidad de partes o sea que no se dan los presupuestos de los artículos 238 del C.C.A., y 82 del C. de P.C.

Por esta razón, no se consideró la excepción de inepta demanda formulada por la parte demandada, concluyendo el *a quo*, que si el acto demandado no era demandable, carecía de jurisdicción para decidir en el fondo, debiendo inhibirse.

Expediente 2408

El demandado es el señor Juan José Medina. Se acusa el acto que lo eligió como concejal de Santafé de Bogotá, de violar el artículo 45 del Decreto 133 de 1986, "que establece una inhabilidad para intervenir en negocios de los que tuvo conocimiento durante el año siguiente a la dejación del cargo por medio del cual accedió a tal conocimiento".

"Igual inhabilidad se deduce del párrafo tercero de la citada norma cuya consecuencia legal es la de impedir que miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas municipales accedan a la Corporación antes de un año de cesar en sus funciones".

Encuentra el Tribunal, "que la impugnación se fundamenta en una presunta incompatibilidad para decidir sobre los asuntos de que hayan tenido conocimiento previamente por razón del ejercicio de funciones públicas, mas no en una de aquellas inhabilidades que conducen a la inelegibilidad de una persona, para el cargo de concejal".

Tanto las causales de nulidad como las de inhabilidad son taxativas, debiéndose invocar en la demanda, si así no se procede, como en este caso, el libelo adolece de ineptitud sustantiva en orden a obtener decisión favorable a las pretensiones del actor y por el contrario conducen a denegarlas.

Se observa, además que la norma invocada regula una materia completamente diferente de la señalada por el actor y no es de carácter nacional.

El anterior resumen de la sentencia, tal como lo advierte el Tribunal al inicio de sus consideraciones, se remite a los casos individuales, o sea, respecto a la impugnación que se hace en los procesos contra uno o varios de los elegidos.

Ahora, continuando con el resumen, pero ya relacionado con la elección y los actos de escrutinios de todos los concejales, se observa que el estudio lo concreta el a quo en su orden, a los procesos números 2322 y 2406.

Al efecto, los "cargos formulados bajo el acápite denominado artículos violatorios (Ley 02 de 1992)", los despachos desfavorablemente a las pretensiones del actor, con fundamento en criterios que sentó al resolver cargos similares en las demandas acumuladas contra la elección del alcalde mayor del Distrito Capital, que en su texto transcribe:

(...)

Como ya quedó advertido al analizar el primer cargo común, esta acusación indirecta de la declaratoria de elección de alcalde no está llamada

SECCION QUINTA

a prosperar por falta de técnica, toda vez que ella no está dirigida a configurar una de las causales de nulidad previstas en la ley ni ha sido propuesta la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en el libelo dentro del concepto de violación que permita extender la jurisdicción de este Tribunal al juzgamiento dentro del marco presentado por el actor. Debe recordarse al efecto el principio de la jurisdicción rogada.

No obstante lo acabado de anotar, es de importancia didáctica precisarle al impugnador, que la obligación de residir en el Municipio para el cual se promueve la elección de carácter local, es de rango constitucional toda vez que así lo estableció el artículo 316 de la nueva Carta Política.

Y huelga cualquier análisis de fondo si además de no emanar el cargo de una de las causales legalmente consagradas, todo el análisis del actor gira alrededor de una hipótesis improbable: la de que todos aquellos que no podían probar residencia, interpretación (sic) distinta a lo mandado en la Ley 2ª de 1980, es decir presunción de jurar que es ese el lugar de residencia, pudieron decidir la elección a favor de otro candidato. La simple observación (sic) del acta parcial de escrutinio formulario E-28 (fl. 14), lleva a deducir que esos miles de ciudadanos que según el demandante dejaron de sufragar no habrían alterado la voluntad mayoritaria claramente definida hacia el candidato (sic) actualmente posesionado como Alcalde Mayor. Al contrario de lo pensado por el actor, también podría aducirse la consideración opuesta, es decir que esos ausentes del debate podrían haber aumentado la diferencia. Desde luego ese ejercicio inútil está excluido del razonamiento lógico y jurídico que corresponde hacer al defensor de la legalidad en su condición de parte activante y a quien detenta el poder de juzgar, respectivamente.

El siguiente cargo, hace alusión a la violación del debido proceso en los escrutinios, "por haberle impedido a los testigos electorales todos los derechos que les conceda el Código Electoral en los artículos 191 y 192, pues no se tramitaron sus reclamos, se les negó el derecho que les otorgan los artículos 193, 166 y 174 del Código Electoral y que sus aplicaciones fueran oídas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral con violación del Derecho al Trabajo consagrado en el artículo 23 de la C. N., y violación de normas penales".

Además, la Comisión Escrutadora Distrital declaró la elección de concejales y expidió las credenciales, sin atender las impugnaciones y reclamaciones que se presentaron, irregularidades que fueron advertidas en principio por los Delegados del Consejo Nacional Electoral pero que al final fueron convalidados en el acta de escrutinio general.

Respecto a la primera parte del cargo en relación con la actividad de los testigos, precisa el *a quo* que no fue demostrado en el proceso y por el contrario del acta de la Comisión Escrutadora y las resoluciones dictadas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, se infiere que todas las personas con derecho a reclamar, pudieron hacerlo.

También considera improbadado el hecho relativo al contenido mismo de las reclamaciones y a que éstas hubieran sido resueltas en su totalidad o tramitadas en legal forma, sin existir claridad en las irregularidades que se predicán, advirtiendo que de acuerdo con lo que se aprecia de la actuación procesal, tanto la Comisión Escrutadora Distrital como los Delegados del Consejo Nacional Electoral en sus actuaciones se ajustaron a la ley.

Concluye el *a quo*, con apoyo en jurisprudencia de esta Sala, que las irregularidades denunciadas en el proceso de las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992 para concejales de Santafé de Bogotá, no configura violación al sistema del cociente electoral, pues ésta sólo se da cuando se computan votos en una elección, en donde se elijan dos o más personas, por un procedimiento distinto del determinado en la Constitución o la Ley.

En cuanto a la entrega de credenciales señala que este aspecto no quedó muy claro después de la reforma introducida al Código Electoral por la Ley 62 de 1988, “ya que mientras en el artículo 166 del anterior texto, se decía perentoriamente que lo decidido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, no tendría recurso alguno en cuanto a la declaración relativa a concejales, en el artículo reformado nada se dijo acerca de la segunda instancia; de otra parte, el artículo 184 reformado por el artículo 14 de la ley mencionada, no le atribuyó a los Delegados del Consejo Nacional Electoral ninguna competencia en relación con las credenciales de los concejales municipales electos”.

Estima, que las anteriores consideraciones “cabe hacer respecto del cargo once (11) presentado por los demandantes en el libelo introductorio en el proceso número 2400”, y finalmente, que mediante el juicio electoral, no se juzguen actos disciplinarios de las autoridades administrativas, sino en cuanto ellos constituyen fundamento fáctico de las causales de nulidad electoral.

LOS RECURSOS DE APELACION

La sentencia del *a quo* fue apelada por varios de los demandantes, así:

1. Israel Morales Portela actor en el proceso número 2406. Muestra inconformidad con el fallo, porque, según afirma, no se dio cumplimiento al artículo 170 del C.C.A.

SECCION QUINTA

“Además existen incongruencias, y en ninguna parte del contenido de la providencia se observa que hayan desvirtuado las violaciones a normas legales y constitucionales que están debidamente probadas dentro del proceso, lo cual es configurativo de transgresión directa del Sistema Electoral Colombiano y ésta constituye causal de nulidad según el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., invocado en la demanda”.

Al sustentar el recurso en esta instancia (fl. 209), reitera la violación de la atrás referida disposición.

2. Hildebrando Ortiz Lozano demandante en el proceso número 2322. Dice no compartir los fundamentos de derecho que motivaron la providencia que recurre, porque no se tuvieron en cuenta “muchos de los hechos y razonamientos en derecho expuestos en la demanda y en su corrección legal y oportuna”, con desconocimiento del artículo 170 del C.C.A.

En alegato presentado ante esta Corporación (fls. 203 y ss.), solicita el actor que se le resuelvan en derecho, tanto las preguntas que formuló ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como las que hace a esta Corporación, igualmente que se le desvirtúen las pruebas en las que sustenta sus alegatos, las que considera persisten hasta ahora con el mismo valor probatorio; dice que la apelación tiene por objeto que al revisarse el proveído se dé cumplimiento a los artículos 170 del C.C.A.; 304 y 305 del C. de P. C., y 4, 29, 209, 228 y 305. A folios 204 y siguientes aparece la extensa relación de preguntas a que se refiere el recurrente.

3. Ignacio Cifuentes Gutiérrez demandante en el proceso número 2342. Considera la sentencia abiertamente ilegal, porque, el señor Colin Campbell Crawford no acreditó constitucionalmente ser ciudadano en ejercicio, que es la condición previa para ser elegido, de acuerdo no solamente a las normas imperantes en Colombia, sino, en consonancia con los documentos obrantes en el proceso.

Hace referencia a antecedentes legislativos de la cédula de ciudadanía desde 1836, para concluir que de acuerdo con el artículo 99 de la actual Constitución, sólo pueden ser elegidos quienes reúnan la calidad de ciudadano en ejercicio, la que sólo se demuestra con la cédula, documento que considera irremplazable.

4. Víctor Velásquez Reyes, demandante proceso número 2359, ser ajena a derecho, es la consideración que hace este apelante de la providencia del *aquo*.

El artículo 83 del Decreto 133 (sic) de 1986, dentro de los casos de inelegibilidad prescribe “no pueden ser elegidos los que han sido sancionados por más de dos veces a los deberes de un cargo público”.

Alega, que de acuerdo con los documentos públicos allegados se prueba que el señor Alvarez Lleras tiene su ética cuestionada, pues aparece con más de siete sanciones, que van desde amonestaciones hasta suspensiones del cargo, “lo cual hace necesaria la anulación de los actos que lo declararon elegido, pues el espíritu de la ley es moralizar la administración y el servicio publico...”.

Dentro de la oportunidad legal, también presentó escrito de alegación la parte impugnante (fl. 212), solicitando se denieguen las pretensiones de los apelantes, en virtud de que, sus argumentos en el recurso no aportan nada nuevo al proceso y en ningún momento desvirtúan el contenido de la sentencia que estima ajustada a derecho, haciendo una breve crítica a los memoriales de los recurrentes, expresando que, además de incoherentes y faltas de respeto, “demuestran una total ignorancia de los procesos electorales y las causales de nulidad de las actas electorales y tal vez por ello la forma en que los redactan...”.

Se refiere a la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1982, expediente número 4090, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, citado por uno de los apelantes para sustentar el recurso, considerando que la cita es amañada, artificiosa y desleal porque no se ajusta al verdadero contenido de la providencia.

Explica ampliamente de manera razonada el porqué el señor Colin Campbell Crawford no estaba inhabilitado para ser elegido concejal. Solicita se confirme la sentencia motivo de alzada.

El demandado Colin Campbell Crawford Christie, por conducto de nuevo apoderado a folios 219 y siguientes, solicita se mantenga en firme la decisión apelada. Apunta su alegato, a rebatir con serios argumentos jurídicos los hechos de la demanda con relación al proceso número 2342, expresando finalmente que su inscripción como candidato al Concejo de Santafé de Bogotá, se llevó a cabo en legal forma, sin que se encuentre incurso en inhabilidades o incompatibilidades que le impidan desempeñar el cargo.

Todos los apelantes solicitan se revoque la decisión que es motivo de estudio.

SECCION QUINTA

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso emite concepto sobre los procesos números 2359, 2395, 2322, 2342 y 2406 cuyos actores apelaron la sentencia del *a quo*.

Respecto al primero, considera que la constancia expedida por el Secretario General de la Personería de Santafé de Bogotá, sobre solicitudes hechas a la Alcaldía Mayor de la misma ciudad, para que procediera a imponer sanciones disciplinarias al doctor Antonio Alvarez Lleras, no es prueba suficiente para demostrar la causal de inhabilidad alegada en la demanda, puesto que en el expediente no se acredita que efectivamente el señor alcalde impuso alguna de las sanciones solicitadas; en su concepto deben negarse las pretensiones.

Después de hacer una labor interpretativa de la demanda en el segundo proceso, llega a la conclusión de que lo demandado es la nulidad de la elección como concejal de Santafé de Bogotá del señor Francisco Rojas Birry y la cancelación de su credencial, pues todos los hechos se refieren a las irregularidades que según el actor, sucedieron en la inscripción de la candidatura de aquél; similar deducción hace del concepto de violación de las normas que se señalan como violadas y de las pretensiones. Por estas circunstancias considera, que a su juicio “no hay acumulación de pretensiones y como se acompañó con la demanda el acto acusado, debe conocerse en el fondo de las pretensiones de la misma”.

En efecto, al examinarlas precisa que no están llamadas a prosperar porque los hechos en que se apoya no encajan en las dos causales de nulidad consagradas en los numerales 2 y 5 del artículo 223 del C.C.A., que fueron las invocadas y se refieren a irregularidades en el procedimiento de inscripción”, que es apenas un acto previo o de trámite impugnabile por la vía gubernativa.

En los tres siguientes procesos de los inicialmente citados, la agencia fiscal llega a la conclusión de que las situaciones de hecho en que sustentan las peticiones en las respectivas demandas, no configuran causales de nulidad a la luz del artículo 223 del C.C.A., solicitando se confirmen los numerales 1, 2, 4 y 5 de la sentencia recurrida y se revoque el 3 para en su lugar denegar la pretensión en cuanto a la elección de Francisco Rojas Birry.

CONSIDERACIONES

Obrando en sus propios nombres y en ejercicio de la acción pública electoral, los señores Jorge Quintero Aguirre, Luis Fernando Cruz Arango,

Manuel Vicente Nope, Ignacio Cifuentes Gutiérrez, Israel Morales Portela y Samuel Hilarion Bochel, Hildebrando Ortiz Lozano y Víctor Velásquez, en procesos separados demandaron la nulidad parcial unos, y la nulidad otros, del acto por el cual la Comisión Escrutadora Distrital, el 14 de marzo de 1992, declara la elección de concejales para Santafé de Bogotá.

Tramitados debidamente los procesos hasta el vencimiento del término probatorio, en auto del 6 de julio de 1992 fueron acumulados, continuando dichos trámites bajo una misma cuerda conforme lo indican los artículos 237 y siguientes del C.C.A.

Producida la sentencia, la decisión fue desfavorable para los demandantes, pero respecto al proceso número 2395 el Tribunal de Instancia se abstuvo de conocer en el fondo las pretensiones de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

La Sala, sobre la base de los antecedentes atrás resumidos, entra a revisar dicho proveído, para establecer si es congruente con los hechos demostrados o por el contrario incurre en las deficiencias que le atribuyen los recurrentes, advirtiendo que el estudio procederá únicamente en relación con los procesos motivo de alzada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 357 del C. de P.C.

El fallo respecto a lo pretendido en este proceso, como antes se anotó, fue inhibitorio, al estimar el *aquo* que las actas demandadas no son de aquellas a que se refiere el artículo 228 del C.C.A., sino de trámite. Además, la demanda adolece de ineptitud porque se incluyen en el mismo libelo, pretensiones de nulidad contra la elección de un concejal y la de un alcalde, sin que se trate de una misma elección ni exista identidad de partes. Es decir, no se dan ninguno de los requisitos previstos en el artículo 82 del C. de P.C., para que proceda la acumulación.

Del examen que hace la Sala del contexto íntegro del libelo demandatorio, logra establecer que, además de la nulidad del acto de elección del concejal Rojas Birry, en el numeral 2 del acápite "lo que se pide", se solicita la nulidad del acto de elección del alcalde de Santafé de Bogotá, es decir, que en el presente caso se presenta la figura de la acumulación de pretensiones que consagra el artículo 82 del C. de P.C.

Ahora, para determinar si esa acumulación es debida o indebida, es necesario recordar la jurisprudencia que sobre esta materia ha sentado la Corporación.

SECCION QUINTA

En efecto, ha dicho ésta que: “en principio, es viable acumular, en una misma demanda, la pretensión de nulidad de la elección de un alcalde municipal —proceso de dos instancias— y la nulidad de la elección de concejales municipales que puede ser proceso de única o de dos instancias, a condición de que el respectivo municipio para cuyo concepto se eligieron popularmente sus miembros, sea capital de departamento, o su presupuesto anual sea superior a \$50.000.000.00” y en caso de no acreditarse cualquiera de estos presupuestos, “es claro que, por no ser el juez de segunda instancia competente para conocer de la pretensión relativa a la elección de concejales, no es procedente la acumulación de pretensiones, y deberán formularse las correspondientes demandas por separado... (Expediente número 0246, noviembre 2 de 1989).

Es decir, que satisfechos los requisitos anteriores, se entienden cumplidos los del artículo 82 cuando las elecciones de concejales y alcalde del respectivo municipio, se realicen en una misma fecha, puesto que es el mismo juez el competente para conocer de todas las pretensiones, éstas no se excluyen entre sí y pueden tramitarse por el mismo procedimiento, además de provenir de una misma causa como es la de elección popular.

En este caso, se acredita, artículo 322 de la C.N., que Santafé de Bogotá, D.C., no sólo es capital de un departamento, sino de la República e igualmente, con base en el acta de escrutinios de la Comisión Escrutadora Distrital del 14 de marzo de 1992, que obra en el expediente número 2322, folios 133 y siguientes, se demuestra tanto la elección de concejales como la del Alcalde Mayor para Santafé de Bogotá, D.C., en el período 1992-1994.

Cumplidos entonces los requisitos exigidos, es claro que la acumulación de pretensiones se da en el presente caso, siendo viable el estudio de fondo de dichas pretensiones, y por tanto debe revocarse en este sentido el fallo.

Los fundamentos para ambas pretensiones son los mismos; se acusa el acto, porque el señor Francisco Rojas Birry juró pertenecer al movimiento Alternativa Social M-19 en el momento en que fue uno de los suscriptores de la candidatura de Carlos Alonso Lucio López, para la Alcaldía de Santafé de Bogotá, D.C., para las elecciones del 8 de marzo de 1992, habiéndose inscrito como candidato al concejo de la misma ciudad y para las mismas elecciones, a nombre de la “Alianza Social Indígena”, igual cosa hizo Carlos Alonso Lucio López, que juró pertenecer a este movimiento al inscribir la candidatura de Rojas Birry y también juró pertenecer a la “Alternativa Social” al inscribirse para la Alcaldía.

Los hechos constituyen, según el actor un delito de falso testimonio, de acuerdo al artículo 172 del C.P. y configura causal de nulidad a la luz del artículo 223, numerales 2 y 5 del C.C.A. y 228 *ibidem*, debiéndose descartar de los escrutinios generales los votos depositados por Rojas Birry y Lucio López.

Contra las peticiones de la demanda, el demandado propone las excepciones de “ineptitud de la demanda”, e “inexistencia del delito de falso testimonio y mutilación del documento aportado como prueba”.

La primera la hace consistir en el hecho de haberse acompañado a la demanda, copias del acta de solicitud, constancia de aceptación e inscripción del candidato, en forma mutilada, puesto que los documentos tan sólo presentan el contenido de una sola cara, pretendiéndose hacer incurrir en error al Tribunal. La Sala considera, que los documentos aludidos, no constituyen presupuestos de demanda electoral en forma, y por tanto las deficiencias que de ellas se observe en su aportación, no impiden que haya pronunciamiento de fondo, como ocurre cuando falta la prueba idónea del alto acusado. En aquel caso, se trata de actos preparatorios o de trámite no demandables ante esta jurisdicción, que sí adolecen de irregularidades al ser allegados como elementos de juicio, sólo tienen incidencia en relación con los hechos controvertidos de acuerdo con su valoración legal. Valoración que no es asunto del estudio de la demanda, sino de la sentencia.

La segunda excepción se refiere a la inexistencia de la nulidad solicitada por el actor, porque los documentos demandados no son actas de escrutinio, y además las nulidades son taxativas. Ya la Sala al interpretar en conjunto o de manera sistemática la demanda, pudo inferir que el acto demandado era el de elección de concejales, con el que se hará la confrontación y no con aquellos a que se refiere el excepcionante, que en virtud del artículo 229 del C.C.A., no son acusables ante el Contencioso Administrativo, quedando por tal motivo sin consistencia jurídica esa supuesta pretensión.

La última excepción parte, igualmente, de las actas equivocadamente demandadas, y sirven a la Sala las mismas razones acabadas de expresar, para llegar a la misma conclusión.

Visto lo anterior, al examinar la Sala el cargo imputado en la demanda al acto de elección de los ciudadanos Francisco Rojas Birry y Carlos Alonso Lucio López, como concejal y Alcalde Mayor para Santafé de Bogotá, D. C., respectivamente, su conclusión debe ser similar a la que llegó la representante del Ministerio Público, o sea que ese cargo no está llamado a prosperar porque

SECCION QUINTA

el supuesto del hecho en que se apoya, no encaja en ninguna de las dos causales de nulidad invocadas. La consagrada en el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A., se da en casos de falsedad o apocrifidad en el registro o los elementos que hayan servido para su formación, y la irregularidad que se le atribuye al acto demandado, ocurrió en el procedimiento para la inscripción, que es apenas un acto previo o de trámite que no corresponde en sustancia y forma a los predicados por la norma y cuyo conocimiento, a fin de aplicar correctivos, no es competencia del Contencioso Administrativo, sino de las autoridades electorales en la vía gubernativa. Las causales de nulidad son taxativas y de interpretación restringida.

El supuesto jurídico del numeral 5 coincide con el supuesto de hecho alegado, cuando el candidato no reúne las calidades exigidas por la Constitución o la ley, presentándose como motivo de impedimento para su elección, lo que no ocurre en este caso, porque las afirmaciones del candidato de pertenecer a varios movimientos políticos al mismo tiempo, que es la situación fáctica alegada, no guardan ninguna relación con las condiciones personales que debe acreditar para que sea válida esa elección; son dos aspectos totalmente diferentes. Ya se observó, que las causales de nulidad dado el principio taxativo que las rige, no pueden hacerse extensivas por vía de interpretación a casos distintos de los contemplados en el artículo 223 del C.C.A. Los cargos no prosperan.

Expediente 2359

Se solicita la nulidad del acto, en cuanto declaró electo al señor Antonio Alvarez Lleras, porque viola de manera directa los artículos 83 del C. de R. P. y M., y 312 numeral 2 de la Carta Política.

El quebrantamiento de las anteriores normas se presenta, porque el ciudadano en mención tiene en su hoja de vida administrativa, más de dos sanciones; desde la simple amonestación verbal hasta la suspensión al cargo, circunstancias que le permiten al actor afirmar la violación del régimen de inhabilidades, tanto en el procedimiento de inscripción como al momento de la elección del señor Alvarez Lleras como concejal de Santafé de Bogotá, D. C., el 8 de marzo de 1992.

En verdad, el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, establece como prohibición para ser elegido concejal, “quienes en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la táctica profesional y a los deberes de un cargo público”.

Pero si la norma es clara al consagrar la inhabilidad alegada, ella por sí sola no tiene aplicación práctica, porque a hechos sucedidos en diferentes espacios de tiempo, los cuales hay que demostrar mediante pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

El demandante adujo como elemento de convicción probatoria una constancia (fls. 41 y ss.), expedida por el Secretario General de la Personería de Santafé de Bogotá, en la cual se dice que el doctor Antonio Alvarez Lleras, registra a la fecha de su expedición “los siguientes antecedentes disciplinarios”.

A renglón seguido, enumera las resoluciones emanadas del personero delegado para la vigilancia de las tarifas de servicios públicos, en las que se solicita al Alcalde Mayor de Bogotá, imponer diferentes sanciones disciplinarias, como multas, amonestaciones y suspensión del cargo por 15 y 30 días, pero al expediente no se trajeron por quien correspondía esa carga probatoria, los actos indicativos de que las solicitudes del personero tuvieron respuesta sancionatoria; es decir, aparece la prueba de las peticiones pero no la de si hubo sanciones o no.

La falta de estos elementos de juicio, hacen imposible valorar el cargo imputado frente a la disposición que se considera quebrantada, porque ésta se refiere claramente a las acepciones verbales, excluir y sancionar y no a la de pedir. El cargo no prospera.

Expediente 2342

El cargo en este proceso es único contra la elección del señor Colin Campbell Crawford y consiste en la violación de la Ley 39 de 1961 artículo 1; Ley 6 de 1990 artículo 6; Decreto 2241 de 1966, numeral 1 del artículo 1, Decreto 051 de 1986, artículo 1; artículos 4, 6, 29, 7, 95 y 99 de la C.N.

Estas disposiciones señalan los requisitos, que de acuerdo con el demandante deben tenerse en cuenta para que un debate electoral sea puro, cristalino e imparcial y además, las calidades y requisitos para las personas que aspiren a ocupar las posiciones que la democracia brinda.

“Una de esas exigencias es precisamente, la contemplada en el artículo 99 de la Carta Política que trata de ‘la calidad de ciudadano en ejercicio’ condición previa e indispensable para ejercer el derecho al sufragio y para ser elegido”.

SECCION QUINTA

La imputación parte de la base de que, según certificación que obra a folio 6 expedida por la asistente de división cedulação de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el señor Colin Campbell Carwford, “en el momento de la inscripción y aún de la elección, carecía de la cédula de ciudadanía y por ende no podía ser inscrito y menos elegido, en razón de que la cédula de ciudadanía laminada es en Colombia el único documento válido que acredita y prueba:

a) La calidad de ciudadano colombiano, y

b) El ejercicio pleno de la ciudadanía y, careciendo como se demuestra que carecía de ella, el señor Colin Campbell Crawford Christie, por tanto carecía de aptitud política, o sea la capacidad legal para intervenir en la cosa pública”.

De la providencia apelada se desprende claramente, que el *a quo*, desestimó las pretensiones de la demanda al advertir, que si bien, el concepto de la violación partía de la exigencia del artículo 99 de la C. N., “acerca de la calidad de ciudadano en ejercicio como condición previa e indispensable para ejercer el derecho al sufragio y para ser elegido...”, el actor no invocó ninguno de los casos de nulidad electoral que coincidiera con ese supuesto de hecho, entendiendo que éste llevaba a la nulidad del acto de elección del señor Colin con fundamento en el artículo 1932 numeral 9 del Decreto 2241 de 1986; norma que de ninguna manera conduce a esa pretensión en acciones públicas de nulidad electoral, por tratarse de una causal de reclamación, cuyo conocimiento compete a las autoridades electorales, en caso de que realmente el hecho la configure.

Bajo estas consideraciones llegó a la conclusión de que, la “omisión constituye ausencia de presupuesto procesal de carácter sustantivo” que conduce —como lo hizo— a desechar el cargo, “por cuanto en materia electoral es necesario que el marco jurídico esbozado en el concepto de violación se relacione expresamente con una de las causales de nulidad electoral señaladas en el artículo 223 del C.C.A., sin que sea posible que el juzgador subsane la omisión dado el carácter rogado de esta jurisdicción...”.

El actor, como argumento básico del recurso, afirma que la sentencia “es abiertamente ilegal, porque, el citado señor Colin no acreditó constitucionalmente, ser ciudadano en ejercicio que es la condición previa para ser elegido, de acuerdo no solamente con las normas imperantes en Colombia, sino, en consonancia con los documentos obrantes en el proceso y agrega: sostener que, la selección del señor Colin se ajustó a los cánones legales, es desconocer

por ignorancia el estado de derecho colombiano de un lado, y de otro, el ritualismo que, para ejercer los derechos políticos se siguen...,” pasando luego a recordar algunos antecedentes legislativos de la cédula de ciudadanía.

La Sala, está de acuerdo con el análisis que en la sentencia se hace de este cargo, y no encuentra fundadas las razones del apelante para considerar el fallo contrario a derecho, porque las omisiones que allí se señalan, no son del Tribunal sino de la parte actora al confundir las causales de reclamación con causales de nulidad electoral. Además, en las consideraciones que el *a quo* tuvo en cuenta para su decisión como se dejó visto, no sostiene que la elección del señor Colin se ajustó a derecho, como lo pretende hacer ver el apelante, con afirmaciones descomedidas y faltas de *syndéresis*, puesto que, en el examen de la causa *petendi* y las pretensiones de la demanda, como bien se colige, no fue necesario llegar al estudio de esa circunstancia ante la evidente falla de la parte activa al pretender la nulidad de un acto de elección, sobre la base de una causal de reclamación, siendo claro que, las causales de nulidad son taxativas y de creación legal, estando consagradas para las actas de escrutinio de los jurados de votación de toda Corporación electoral en el artículo 223 del C.C.A.

En síntesis, el cargo imputado al acto de elección del señor Colin Campbell Crawford como concejal de Santafé de Bogotá, D. C., debe estudiarse como lo hizo el *a quo*, a la luz de las disposiciones legales que establecen nulidades, pues éstas no pueden surgir de un proceso de extensión analógica, ni ser creadas por la jurisprudencia, y si de ese estudio no aparece que los hechos sobre los que se fundamenta la acusación, gozan de identidad, con los que son motivo de nulidad en cada uno de los 109 casos contemplados en esas disposiciones, aquélla no está llamada a prosperar. Conclusión a la que debe llegarse sin necesidad de examinar el contenido normativo de la demanda que se dice infringida, ni el acervo probatorio existente, porque si así ocurriera, ello implicaría un desgaste jurisdiccional injustificado, porque la decisión indefectiblemente sería negativa a las pretensiones del actor.

Acoge, pues, la Sala sin más agregados, tanto los argumentos como la decisión del *a quo*, también afirmados por la Agencia Fiscal, y así habrá de pronunciarse, observando que la excepción de “Inepta Demanda” propuesta por el apoderado del demandado (fl. 70), no mereció estudio alguno, porque se ignora si fue presentada dentro del término de fijación en lista, dado que se formuló en escrito aparte del libelo de contestación a la demanda y la secretaría en constancia visible a folio 71, nada dijo al respecto. Y con ocasión de la apelación se guarda silencio sobre el punto.

SECCION QUINTA

Expediente 2406

Actores: Israel Morales Portela y Samuel Hilarion Bochel.

Se solicita la nulidad del acto en relación con todos los concejales de Santafé de Bogotá, D. C., como quedó visto, con base en los hechos y omisiones que ocurrieron “en el período preelectoral, electoral y poselectoral, relativos a los comicios del 8 de marzo de 1992 para Santafé de Bogotá, D. C., los cuales tipifican una abierta violación al sistema electoral colombiano...”.

De los hechos se hace una extensa relación en la demanda (fls. 2 y ss., y se remiten a explicar algunas actuaciones de los funcionarios electorales, desde el 10 de diciembre de 1991 hasta el 17 de marzo de 1992; según los actores, mediante la Resolución número 4777 del 13 de diciembre de 1991, el Registrador Nacional del Estado Civil, ordenó la inscripción de cédulas, desde el 8 al 17 de enero de 1992 y el día 28 siguiente, el mismo funcionario, estando cerradas, autorizó por escrito la inscripción del señor Colin Campbell Crawford Christie, como candidato al Concejo Distrital, a pesar de que no tenía cédula laminada, la que sólo le fue expedida el 9 de marzo de 1992.

De otra parte, el señor Francisco Rojas Birry al actuar como inscriptor en las mismas elecciones, manifestó bajo juramento pertenecer al movimiento “M-19 Alternativa Social”; sin embargo, al inscribirse como candidato al Concejo Distrital juró pertenecer a un partido diferente, denominado “Alianza Social Indígena”.

Mediante la Resolución número 0958 del 8 de marzo de 1992, dictada por el Registrador Nacional del Estado Civil, se restringía el derecho de los partidos a vigilar las elecciones, puesto que los testigos electorales no pudieron actuar como tales.

La Comisión Escrutadora Distrital los días 13 y 14 de marzo de 1992, no resolvió conforme a la ley, las reclamaciones formuladas por varios ciudadanos y al ser recurrida en reposición y apelación subsidiaria, no se le dio traslado a los Delegados del Consejo Nacional Electoral, negándose además, a recibir otras impugnaciones y recursos, declarando de manera arbitraria la elección de los 28 concejales para este distrito.

El 15 de marzo de 1992, los delegados del Consejo Nacional Electoral, declararon inicialmente, la nulidad de la elección y procedieron a oír peticiones por actos violatorios de la ley, pero el día 17 siguiente, expedieron las Resoluciones de la 01 a la 08 resolviendo esas reclamaciones de manera

contraria a los propósitos de los peticionarios y al ser apeladas, no se dio traslado de los recursos pociéndose finalmente, a declarar en firme un acto lleno de violación a la ley.

Al efecto, estiman infringidos los artículos 29 y 40 de la C.N., el de la Ley 39 de 1961, y demás disposiciones constitucionales y legales debidamente relacionadas en los antecedentes.

El *a quo*, considerando similares, aunque con algunas diferencias de matices, los cargos formulados en éste y el proceso número 2322, en cuanto atacan el acto de inscripción como candidato del señor Colin Campbell Crawford, para desecharlos, se remitía al estudio sobre el mismo realizado en el expediente número 2409.

Allí expresó, que: “la ciudadanía o calidad de ciudadano en ejercicio, es ciertamente una calidad de rango constitucional para ser elegido, pues tal es el mandato del artículo 99 que se cita como infringido”. Pero, que siendo aquélla un atributo de la nacionalidad y de dos clases: por nacimiento y por adopción, mediante la segunda posibilidad los extranjeros pueden adquirirla obteniendo carta de naturalización y consecuentemente, la condición de ciudadanos, cumpliendo así el requisito a que se refiere el cargo para poder ejercer el derecho político cuestionado. Es este el sentido material de los artículos 96 y 98 de la nueva Constitución, “cuyo antecedente histórico en materia de igualdad en el ejercicio de los derechos para todos los nacionales colombianos sean por nacimiento o por adopción, se remonta a la reforma Constitucional de 1936...”.

En desarrollo de sus consideraciones, aduce el *a quo* que el título V. del C.E., no hace alusión a la cédula laminada respecto a la identificación del candidato, y que si bien el artículo 1 de la Ley 39 de 1961 la señala como único documento válido para actos políticos, el certificado expedido por las autoridades de la Registraduría del Estado Civil, dado su valor probatorio como documento público no puede desconocerse y si se estimare que éste no suple el requisito, “entonces se daría una irregularidad no susceptible de reclamo ante las autoridades electorales ni causal de nulidad alegable ante esta jurisdicción toda vez que ni encaja en las causales de reclamación regladas en el artículo 192, ni en las de nulidad que recoge el artículo 223 del C.C.A. Tampoco sería de tal gravedad por vía de interpretación y aplicación de los principios del Código Electoral que llevará a la declaratoria de nulidad de la elección correspondiente por conducir a una de esas causales o a las generales de que trata el artículo 84 del C.C.A.”. Concluye precisando que, según su criterio, la prueba supletoria de su condición de ciudadano presentada por

SECCION QUINTA

Colin Campbell Crawford para su inscripción, es válida conforme al artículo 258 del C. de P.C., porque proviene de autoridad legalmente facultada para ese fin.

En lo que atañe con la afirmación de tener el candidato doble nacionalidad, el Tribunal dice que aquélla no tiene asidero alguno y al contrario, el artículo 96 de la C.N., es claro al determinar que "... los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción", siendo además improcedente la aplicación que por este motivo se solicita del artículo 221 del C.C.A.

Israel Morales Portela uno de los actores, al sustentar el recurso de apelación, hace una precisión relativa a que en el texto de la demanda, la nulidad allí solicitada se fundamentó principalmente en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., "pues por los hechos que se mencionan y las normas constitucionales y legales violadas o flageladas en las elecciones de concejales para Santafé de Bogotá, D.C., no queda la menor duda que de acuerdo con la definición que ha dado esa misma Corporación, se quebranta el sistema del cuociente electoral...".

Observa, que el Tribunal no dio cumplimiento al artículo 170 del C.C.A., y que los hechos citados como irregulares están debidamente probados.

En primer lugar, debe observar la Sala, como ya lo hizo anteriormente, que los cargos formulados al acto impugnado, deben examinarse a la luz de las normas legales que establecen nulidades en materia electoral, porque si los hechos con base en los cuales esos cargos se estructuran en la demanda, no encuentran coincidencia con esas disposiciones, las pretensiones llegan al fallo sin sustento legal, debiendo ser denegadas. Las nulidades como reiteradamente lo ha dicho la Corporación, son taxativas y de carácter restringido, principio que no permite su aplicación a otros eventos distintos.

Bien lo ha dicho el recurrente al sustentar la apelación, que la causal por él invocada, es la del numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., puesto que es la única que invoca de manera específica frente a los hechos que describe como irregulares, ocurridos en todo el proceso electoral cumplido en las elecciones del 8 de marzo de 1992, para concejales de Santafé de Bogotá, D.C., pues, si bien inicialmente señala los numerales 2, 3, 4 y 5 de la citada codificación, del único que hace precisión es del numeral 4, como lo afirma, mas no del 109 demás que cita de manera general.

En este sentido, entonces, procede la Sala a determinar si esos vicios de que adolece ese proceso eleccionario, según el recurrente, y que éste describe

al relacionar los hechos, lesionan el procedimiento que debe cumplirse para determinar el cuociente electoral.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en varias sentencias entre las cuales se pueden consultar las proferidas el 14 de marzo de 1990. Expedientes 0347 y 0212 de febrero 15 de 1991. Expedientes 0359, 0361 y 0362, ha expresado que, cualquier vicio o irregularidad que se dé en el proceso electoral, no puede llegar a configurar la violación del sistema del cuociente electoral, pues para que se dé esta causal, hoy consagrada en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, y que en la actual Carta Política queda plasmado en el artículo 263, es necesario que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir dos o más personas, por un procedimiento diferente del determinado en la Constitución o en la ley, o sea del cuociente electoral, afectando la representación proporcional de los partidos.

Las irregularidades como las denunciadas, sobre indebida inscripción del ciudadano Colin Campbell Crawford Christie, y Francisco Rojas Birry como candidatos al Concejo de Santafé de Bogotá, D.C., en las elecciones del 8 de marzo de 1992, deben ser observadas y corregidas por los funcionarios electorales en la vía administrativa y podrán dar lugar en el segundo caso a conductas sancionables por la ley penal, pero no tienen incidencia alguna en la contabilización de votos mediante el procedimiento del cuociente electoral, menos aun si las inscripciones corresponden a meros actos preparatorios o de trámite.

Tampoco influyen en ese procedimiento las decisiones que adoptaron, tanto los miembros de la Comisión Escrutadora Distrital al resolver reclamaciones y apelaciones declarando la elección de Concejales como actos propios de sus atribuciones debidamente ejecutoriadas, y los delegados del Consejo Nacional Electoral, al anular inicialmente lo actuado y decidido en dicha Comisión, para luego convalidar esas actuaciones y decisiones, porque además debe agregarse, este procedimiento está, igualmente, dentro de la órbita de sus atribuciones mediante el autocontrol que puede ejercer corrigiendo sus propios errores; admitir que cualquier vicio, irregularidad, comisión o informalidad ocurridos en desarrollo del proceso electoral, da lugar a nulidades de este carácter, es ir en contravía del principio de especificidad que lo rige y conllevaría a que difícilmente se realizaran en el país elecciones no anulables. Precisamente para garantizarle al elector la eficacia del voto y que éste se va a ver reflejado en el propósito democrático que lo inspira, la ley ha señalado de manera taxativa las causales de nulidad de las actas de escrutinio de las

SECCION QUINTA

Corporaciones Electorales e igualmente ha previsto las de reclamación que proceden en la vía administrativa.

El Tribunal, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, dio cumplimiento al artículo 170 del C.C.A., pues analizó los hechos que según aquél, configuran la causal 4 del artículo 223 del C.C.A., partiendo de la ley y la jurisprudencia (fls. 177 y ss.).

La acción incoada por el ciudadano Hildebrando Ortiz Lozano, pretende la nulidad total del acto por el cual se declararon elegidos los 28 concejales para Santafé de Bogotá, D.C., con base en los resultados electorales del 8 de marzo de 1992; la cancelación de sus credenciales y se fije nueva fecha para elecciones (fl. 209).

En el capítulo “Hechos, Omisiones y Concepto de Violación” que presenta el actor como sustento de las pretensiones, alega como motivos de nulidad “Falsa motivación e indebido proceso”, pero no indica a qué causales de nulidad electoral corresponden estas hipótesis.

Su relato acusatorio contra el acta de elección de concejales, es similar al del proceso anterior, pues parte de la actitud asumida por el Registrador Nacional del Estado Civil, al expedir la Resolución número 4777 del 13 de diciembre de 1991, por medio de la cual, ordenó abrir la inscripción de cédulas, desde el 8 de enero de 1992 hasta el 17 de los mismos mes y año, violando el artículo 19 de la Ley 96 de 1985.

También se infringieron los artículos 29 y 40 de la C.N., puesto que al cerrar las inscripciones antes del mes que señala la disposición, se le negó a cientos de miles de personas el derecho a elegir y ser elegido al no poderse inscribir, y mientras esto ocurría se expedía por el Registrador Nacional del Estado Civil un certificado ordenando “la inscripción del señor Colin Campbell Crawford Christie, sin cumplir el requisito de la cédula laminada exigido por la Ley 39 de 1961”, documento que estaba en trámite.

Estas circunstancias las relaciona el actor con varias figuras contempladas en el Código Penal, habiendo incurrido en ellas tanto el Registrador como el señor Colin Campbell Crawford.

Para la Sala, estas afirmaciones comprenden dos cargos:

1. La expedición de la Resolución número 4777 del 13 de diciembre de 1991 con las consecuencias que le atribuye el demandante, y
2. La inscripción que éste considera irregular y delictuosa del señor Colin Campbell Crawford como candidato al Concejo Distrital.

En cuanto al primero, carece totalmente de fundamento legal, porque si bien el artículo 19 de la Ley 96 de 1985 señala que en “ningún caso, la inscripción podrá cerrarse con más de un mes de anticipación a la fecha de las respectivas elecciones”, finalmente la misma norma faculta al registrador para reducir dicho término, a condición de que se den las circunstancias que la misma indica; circunstancias que se presumen reunidas porque no hay constancia de que el acto administrativo mediante el cual se tomó esa decisión, haya sido suspendido o anulado y mientras ello no suceda está amparado por la presunción de legalidad.

Respecto al segundo cargo, ya fue debidamente examinado en el expediente número 2406, haciendo válido el análisis del *aquo*, para este proceso, pero advirtiendo la Sala como complemento a esa tesis, que la atribución del Registrador Nacional del Estado Civil para dirigir y organizar las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas, tiene origen constitucional (art. 266 C.N.), y debe entenderse que dicho servidor público en la dirección y organización de las elecciones, puede tomar decisiones que tiendan a facilitar el perfeccionamiento de ese proceso electoral.

Mediante el documento público que obra a folio 237, el Registrador Nacional del Estado Civil hace constar que el señor Colin Campbell Crawford Christie, solicitó su cédula de ciudadanía y le fue asignado el número 79630919 en trámite, resaltando que la constancia la expide “para efectos de la inscripción del interesado como candidato cabeza de lista al Concejo Distrital de Santafé de Bogotá...”.

Ahora, siendo el Registrador funcionario encargado de la identificación de las personas, no ve la Sala por qué el acto de inscripción este viciado, cuando media expresa autorización de aquél, debidamente respaldado con copia auténtica de la Carta de Naturaleza número 63 de 1991; documento que, de acuerdo con el artículo 96 numeral 2 de la Constitución Nacional, acredita la condición de ser nacional colombiano por adopción y por tanto, hábil legalmente para elegir y ser elegido, por ser ciudadano en ejercicio.

En la misma Carta expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, se destaca una nota en la que se dice, que conforme a la norma constitucional antecitada, “los nacionales por adopción no están obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción”, nota que desvirtúa la afirmación que hace el demandante, respecto a la falta de documentos que acrediten la renuncia de su nacionalidad por parte del demandado.

En auto dictado el 21 de septiembre de 1982, en el expediente número 4090 el Consejo de Estado sentó la siguiente jurisprudencia:

SECCION QUINTA

“El artículo 1 de la Ley 39 de 1961 dispuso que ‘a partir del primero (1) de enero de mil novecientos sesenta y dos (1962), los colombianos que hayan cumplido (21) años sólo podían identificarse con la cédula de ciudadanía laminada en todos los actos civiles, políticos, administrativos y judiciales’”. Pero esta norma ha sido modificada por otras posteriores en cuanto ya no es el único documento que sirve para identificar a los ciudadanos en todos sus actos, como lo preceptuaba la citada ley, pues tenemos que el artículo 24 del Decreto-ley 960 de 1970 expresa que: “la identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes dejando testimonio de cuáles son éstos. Sin embargo, en caso de urgencia, a falta de documento especial de identificación, podrá el notario identificarlo con otros documentos auténticos o mediante fe de conocimiento de parte suya”.

Igualmente el C. de P. C., deja abierta la posibilidad de que en ciertas circunstancias pueda aceptarse la identificación de los ciudadanos con medios probatorios distintos del de la cédula de ciudadanía, cuando al tratar de la declaración de terceros expresa el artículo 227 que “presente e identificado el testigo, el Juez exigirá ... ya que no establece que necesariamente sea con cédula de ciudadanía si se trata de colombianos mayores de 18 años...”.

Ha venido pues evolucionando el concepto estricto respecto a la identificación de las personas a través de la cédula de ciudadanía, admitiéndose que en circunstancias especiales se haga a través de otros medios probatorios, como es el caso de las cédulas en trámite y si para efectos de identificación provisional se expiden certificaciones, como lo informa el documento que obra a folio 241, con más veras, cuando es el mismo funcionario con atribuciones para hacerlo, quien autoriza expresamente y por escrito la inscripción del candidato. Los cargos no prosperan.

El actor formula otros dos cargos que de acuerdo al orden numérico que se trae, corresponden al 3 y 4 y se estudian como sigue:

El tercer cargo señala: El Congreso de la República al expedir la Ley 02 del 21 de febrero de 1992, en sus artículos 1, 5, 7 y 8 viola los artículos 29 y 40 de la C.N., por negarse el debido proceso “al no permitirle a los ciudadanos el derecho a elegir en el sitio en donde estaban inscritos” por no tener residencia allí conforme al artículo 1 y además, no poderse cumplir los supuestos de las otras disposiciones de la ley, que se refieren a programas de gobierno, apropiación presupuestal, contratos de fiducia y financiación de las campañas.

Este cargo, se apoya en simples consideraciones hipotéticas y no está dirigido contra el acto mismo de elección impugnado, sino que apunta al Congreso de la República, Corporación que, de acuerdo al actor, viola la Constitución Nacional porque la ley que se menciona a través de su artículo 1, impedía que más de medio millón de ciudadanos, votaran en los lugares donde tenían su cédula inscrita para las elecciones del 8 de marzo de 1992, sin que pudieran inscribirse en otro lugar dado que cuando se expedía la ley ya las inscripciones estaban cerradas.

Como se puede ver, el cargo se hace sobre apreciaciones abstractas, en hechos contingentes, sin concreción alguna en actos reales que puedan ser examinados y juzgados de acuerdo a situaciones que tuvieron ocurrencia; circunstancias éstas que impiden cualquier estudio y consecuente pronunciamiento en esta jurisdicción, porque el sentido de la afirmación acusatoria, no es el de la inaplicación de la Ley 02 en este proceso inconstitucional ya que el hecho que prohíbe no se realizó; sino el de su violación por parte de una Corporación distinta de la que expedía el acto demandado, precisamente la encargada de hacer las leyes cuyo control corresponde a la Corte Constitucional.

La Sala, resalta un hecho curioso que se observa en este cargo. El actor se duele de que un considerable número de personas, en acatamiento a la ley, no hubieran votado en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, en los sitios donde tenían su cédula inscrita, es decir, la afirmación parte de la base del cumplimiento de la ley. Ahora, si esas personas se abstuvieron de sufragar, es de suponerse que lo hicieron por no ser vecinos de los respectivos municipios acatando el mandato legal.

El cuarto cargo: Se remite a irregularidades que se presentaron en los escrutinios de la Comisión Escrutadora Distrital y de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, con motivo de las elecciones del 8 de marzo de 1992, para concejales de Santafé de Bogotá, D.C., y por ser similar al formulado y estudiado en el expediente número 2406 en relación con la causal 4 del artículo 223 del C.C.A., y aunque en este expediente el actor no indica qué causal o causales de nulidad de las contempladas en dicha norma, es la que se ajusta o se ajustan en cada supuesto alegado, lo allí expresado respecto a que no todo vicio, irregularidad, comisión, etc., que se presente en desarrollo del proceso electoral, constituye causal de nulidad de los actos electorales, se tiene como fundamento de este examen para desechar el cargo.

El apelante al sustentar el recurso (fls. 203 y ss.), alega que no se le dio cumplimiento a los artículos 170 del C.C.A., 304 y 305 del C. de P. C., y 4,

SECCION QUINTA

29 209 y 230 de la C.N. y solicita se le “resuelvan con documentos y leyes” las preguntas que en sendos escritos formula a la sección.

En lo que atañe al primer aspecto, del estudio realizado por la Sala al fallo cuestionado, encuentra que el *a quo*, no sólo analizó los hechos motivo de controversia en todas las demandas, sino que la providencia es congruente con esos hechos y las pretensiones, tal como lo indican las normas procesales citadas. Además, su decisión se ajusta a los principios constitucionales y legales, que rigen los procedimientos en aras de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, objetivo que si no se consigue como en este caso, no es por razón de la inaplicación de normas constitucionales sino por carencia de fundamentos de hecho y de derecho que lleven a la convicción de que en realidad esas disposiciones de orden superior fueron quebrantadas.

Y en lo atinente al cuestionario de preguntas, observa la Sala, que los hechos allí planteados con relación a la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., no forman parte de ninguna de las controversias acumuladas, por ello como es obvio, el tema es ajeno a la sentencia del *a quo* e igualmente, no hay razón para considerarlo en esta instancia, pues la competencia de la Corporación en materia de apelaciones está demarcada por el artículo 357 del C. de P. C., no yendo más allá de lo desfavorable al apelante. Se trata de situaciones nuevas que no obligan a la Sala.

Pero, a manera de ejercicio académico, se le recomienda al recurrente la lectura del artículo 322 de la Constitución Nacional donde encontrará la respuesta a sus inquietudes.

En cuanto a los siguientes interrogantes algunos de ellos corresponde absolverlos al Registrador Nacional del Estado Civil, por ser la autoridad que según el artículo 266 de la C. N., está facultada para dirigir y organizar las elecciones, pues son así mismo ajenos a los hechos y pretensiones de las demandas y respecto a los demás, las respuestas están dadas a medida que tanto en la sentencia de primera, como en esta instancia se estudiaron los cargos dirigidos contra el acto de elección acusado, con las conclusiones conocidas o sea su no prosperidad.

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

FALLA

Primero. Confírmase los numerales primero, segundo, cuarto y quinto del fallo apelado en cuanto deniegan las pretensiones de las demandas de los procesos acumulados.

Segundo. Revócase el numeral tercero de la sentencia en cuanto el *a quo* se inhibió de fallar la pretensión de nulidad de la declaratoria de elección de Francisco Rojas Birry en el proceso número 2395, en su lugar, deniéganse las pretensiones acumuladas en dicho proceso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Miren de La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número 0875.

Actores: Omar Velásquez Fragua y Carlos Ezaut Son Perdomo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Huila el 30 de septiembre de 1992.

ANTECEDENTES

I. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública electoral los ciudadanos Omar Velásquez Fragua y Carlos Ezaut Son Perdomo, por conducto de apoderado, demandaron del Tribunal Administrativo del Huila la nulidad del acto por medio del cual se declaró elegido a Efraín Oviedo Moyano como Alcalde del municipio de Guadalupe, departamento del Huila, para el período comprendido entre el 1 de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitaron la cancelación de la respectiva credencial.

Alega la parte actora que el señor Efraín Oviedo Moyano "... fue condenado a pena privativa de la libertad por conducta punible de lesiones personales..." no pudiendo ser elegido Alcalde por hallarse incurso en la causal de inhabilidad definida en el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986, inhabilidad que vicia la elección conforme al precepto citado.

Como fundamentos de derecho invoca también el Capítulo IV Título XXVI del C.C.A., especialmente el artículo 228, y el artículo 179 de la Constitución Política para destacar que la inhabilidad descrita en el numeral primero para los congresistas cuando hayan sido condenados, en cualquier

época, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, existe con mayor rigor y en forma taxativa y expresa para los Alcaldes acorde con lo dispuesto en el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986.

En capítulo aparte del libelo demandatorio solicitó la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue denegada por el Tribunal Administrativo del Huila en auto de 24 de abril de 1992, que no fue recurrido.

II. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del demandado contestó el libelo oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en el mismo.

Señala al respecto que difiere radicalmente del concepto de violación contenido en la demanda que trata de aplicar por analogía a los Alcaldes las inhabilidades contempladas para los Congresistas. Aduce que ... “en razón a que los alcaldes elegidos por el voto popular son personas que se encuentran dentro del común de las gentes, la Constitución y la ley ha querido por menos seguros (sic) en cuanto a las inhabilidades se refiere, por cuanto no se contempla la frase ‘en cualquier época’ lo cual tácitamente nos da la posibilidad de aplicar el principio general de la rehabilitación de las penas” (fl. 46).

Afirma que su mandante cumplió a cabalidad la sentencia proferida por el Juzgado Unico Promiscuo Municipal confirmada por el Tribunal Superior, y fue rehabilitado a plenitud en sus derechos políticos, especialmente el de elegir y ser elegido, habiendo sido Concejal con posterioridad al cumplimiento de la pena.

Que mediante providencia del 22 de abril de 1980 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guadalupe fue rehabilitado en los derechos y funciones públicas siendo elegido representante de la Junta de Acción Comunal, Concejal y, en la actualidad, Alcalde Municipal.

Propuso excepción de inepta demandá en consideración a que no se adjunta al libelo la constancia de ejecutoria de la sentencia condenatoria en contra de su representado.

III. LA SENTENCIA APELADA

Previos los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público, el honorable Tribunal Administrativo del Huila dictó sentencia el 30 de septiembre de 1992 denegando las pretensiones de la demanda.

Sostuvo el *a quo* que los supuestos están debidamente acreditados, y así las cosas podría pensarse que se da la inhabilidad en cabeza del señor Efraín

SECCION QUINTA

Oviedo Moyano. Sin embargo, existen elementos jurídicos para denegar las pretensiones de la demanda dado que la inhabilidad alegada no puede ser perenne.

Invocando el preámbulo de la Constitución Política señala que ... “se estará vulnerando el marco jurídico democrático y participativo por cuanto sometido a unas leyes penales, donde cumplidas éstas, se le rehabilita en todos sus derechos pero no los puede ejercer, por cuanto de por vida quedaría restringido en desarrollarlos, al no poder ser elegido Alcalde, siendo este cargo inherente a la democracia participativa; contrariando el querer del marco jurídico como es la participación de todos los ciudadanos en la administración del Estado (fl. 90).

Anota que basta leer el artículo 299 de la Constitución para inferir que la calidad de ciudadano la tiene el señor Oviedo Moyano, como está comprobado, siendo esta condición para elegir y desempeñar cargos que conllevan autoridad y jurisdicción.

En cuanto a la excepción propuesta de inepta demanda estima el *aquo* que no es procedente, habida cuenta que la demanda reúne los requisitos legales, y la constancia de ejecutoria de la sentencia del Tribunal Superior Judicial carece de fundamento procesal, siendo que es parte del debate probatorio y no de la parte adjetiva para su admisión.

IV. EL RECURSO

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la providencia de primera instancia argumentando que ... “viola de manera flagrante y directa el artículo 230 de la Constitución Nacional, en virtud a que al darle al (sic) juzgador al artículo 5 literal c) de la Ley 78 de 1986 una interpretación totalmente diferente de lo que se desprende natural y racionalmente de su texto, se olvida de que sus providencias sólo deben estar sometidas al imperio de la la (sic) ley, mas en materia electoral en donde sólo al legislador (sic) quien le corresponde establecer cuáles son las inhabilidades y a nadie más (fl. 95).

Afirma que la sentencia del Tribunal establece exculpaciones y excepciones a la inhabilidad de los Alcaldes que la ley no contiene, y el Juzgador, en el presente caso, limita la aplicación de la ley a la exigencia de que la pena impuesta se halle vigente.

Señala que ser ciudadano colombiano con derechos civiles y políticos rehabilitados no significa poder ocupar cualquier cargo público, pues será inútil

la restrictiva que el legislador ha impuesto para el ejercicio de algunos empleos. Considera que invocar derechos fundamentales contenidos en la Constitución a contrario de las inhabilidades establecidas en la ley, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho a ser elegido, ... “no garantiza jamás de otro lado, que ese ejercicio sea pulcro y ajeno a cualquier vicio como lo quiere (sic) el legislador” (fl. 96).

V. EL MINISTERIO PUBLICO

Coincide en su vista de fondo la señora Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso con las razones del *a quo*, respecto de la excepción de inepta demanda que no está llamada a prosperar.

En cuanto al fondo del asunto, estima que el cargo no prospera porque de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, el señor Oviedo, para el 10 de marzo de 1992, fecha de la elección como Alcalde del municipio de Guadalupe no estaba incurso en la causal de inhabilidad ... “pues no sólo había prescrito la acción penal sino también se le había rehabilitado en sus derechos y funciones por consiguiente podía ser elegido...” (fl. 119), por lo que solicita se confirme la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

Acoge la Sala los razonamientos del *a quo* para señalar que no prospera la excepción propuesta por el apoderado del señor Efraín Oviedo Moyano, quien considera que la demanda es inepta porque se omitió allegar la constancia de ejecutoria de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial.

El artículo 137 del C.C.A. señala cuáles son los requisitos que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que se han satisfecho en el *sub lite*.

La constancia de ejecutoria que echa de menos el apoderado del demandado es “parte del debate probatorio y no de parte adjetiva para su admisión”, como lo observa el Tribunal de primera instancia.

Se procede a continuación a examinar el cargo formulado en la demanda.

Está establecido en el expediente que mediante sentencia proferida el 30 de mayo de 1966 por el Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe (Huila), el señor Efraín Oviedo Moyano fue condenado a sufrir la pena de dos años de presidio y las accesorias determinadas en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal vigente en la época (fls. 5 a 11).

SECCION QUINTA

También está acreditado que el 30 de agosto de 1966, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón reformó la anterior sentencia al resolver sobre la apelación, en el sentido de ... “imponer a Efraín Oviedo Moyano la pena de veintiséis (26) mes de presidio y multa de doscientos dieciséis pesos con sesenta y seis centavos (\$216.66) mcte.”. Y la edicinó condenando al procesado al pago de los perjuicios causados con la infracción (fls. 12 a 19).

Que conforme a certificación de fecha 27 de mayo de 1992 del Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe, ... “según anotación que aparece a folio 124 del Tomo II radicator de negocios penales que se llevan en este Juzgado...,” el proceso penal número 760 que se adelantó contra Efraín Oviedo Moyano fue desanotado y desarchivado el 7 de octubre de 1967 por cumplimiento de la pena decretada (fl. 62).

Y que según el Acta de escrutinio municipal de Guadalupe, calendada a marzo 10 de 1992, el señor Efraín Oviedo Moyano fue elegido alcalde de esa localidad para el período 1992-1994 y le fue expedida la respectiva credencial (fls. 1 a 4).

La cuestión de fondo en el asunto que se examina radica en establecer si por razón de la referida condena, el señor Oviedo Moyano estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde municipal.

Lo primero que debe observar la Sala, es que el actor fundamenta la pretensión en el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986, sin reparar como tampoco lo hizo el *a quo* ni la señora Procuradora que precisamente dicho literal fue modificado por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990 según el cual, no podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

“c) Se le haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal, o resolución de acusación que se encuentre debidamente ejecutoriada al momento de la inscripción de su candidatura excepto cuando se trate de delitos políticos”.

La modificación introducida a la Ley 78 de 1986 en su artículo 5, literal c) genera un obstáculo desde la época de la inscripción de la candidatura para quien hallándose en la situación descrita aspire a ser elegido Alcalde municipal. Por manera que en el *sub lite*, procede analizar el cargo formulado por el actor de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 12 de la Ley 53 de 1990 modificadorio del literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986.

No obra en el proceso la prueba que acredite la fecha exacta de la inscripción de la candidatura del demandado, aunque sí se sabe que participó

en las elecciones para Alcalde que tuvieron lugar el 8 de marzo de 1992 en todo el territorio nacional, como que fue elegido en dicho cargo en la municipalidad de Guadalupe, Huila, según consta en el Acta General del Escrutinio de esa localidad efectuado el 10 de los mismos mes y año, que es precisamente el acto cuya nulidad se impetra.

Conforme a lo anterior, a simple vista parecería que el señor Efraín Oviedo Moyano, al momento de su inscripción como candidato a la Alcaldía Municipal de Guadalupe, estaba incurso en la causal de nulidad establecida en el artículo 12 de la Ley 53 de 1990.

Pero, si como ha quedado también demostrado, el proceso penal número 760 adelantado en su contra, fue desanotado y archivado el 7 de octubre de 1967 por cumplimiento de la pena decretada, es obvio que para la época de su inscripción como candidato a la alcaldía, los efectos de la sentencia penal se habían extinguido.

Una de las razones aducidas por el Tribunal de primera instancia en la providencia recurrida, para denegar las pretensiones de la demanda, es que la inhabilidad alegada en el presente caso no puede ser perenne, criterio que comparte esta Corporación que no el apelante, quien sostiene que la norma no contempla excepciones de ninguna naturaleza y por tanto, no es posible limitar su aplicación a la exigencia de estar vigente la pena impuesta.

En lo que a esta materia respecta, no puede perderse de vista que la Ley 78 de 1986 fue dictada en desarrollo del Acto Legislativo número 1 de 1986 al establecerse en Colombia por primera vez, la elección popular de Alcaldes. Y precisamente, en relación con la inhabilidad contemplada en el literal c) de su artículo 5, invocado por el actor, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su función de control constitucional, declara exequible la norma referida en sentencia del 9 de junio de 1988, señalando al efecto lo siguiente:

... Dos situaciones contempla la inhabilidad que regula la norma *sub examine*; una que se dirige contra la persona que haya sido llamada a responder en juicio y otra que se refiere a los condenados a pena privativa de la libertad por delitos distintos a los políticos.

El legislador quiere que el ciudadano que se encuentre bajo los efectos de un llamamiento a juicio solucione su situación personal de carácter penal, para que pueda ser elegido alcalde. Es evidente que la primera hipótesis no comprende al individuo que haya sido llamado a juicio y absuelto, si se interpreta esta norma sistemáticamente, en relación con disposiciones especiales vigentes del Código Penal. Lo que dispone el legislador es que

SECCION QUINTA

quien se encuentre llamado a juicio al momento de la elección popular está inhabilitado para ser elegido alcalde.

Para el caso de los individuos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad, esta corporación entiende que la inhabilidad que establece el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986, debe predicarse sólo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas. Esto porque a juicio de la Corte, en nuestro ordenamiento jurídico, las penas no pueden tener efectos intemporales..." (Gaceta Judicial número 2434, p. 581, primer semestre año de 1988).

En varias oportunidades, en relación con la aplicación del literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986 y su modificación por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, esta Sección Quinta ha compartido la tesis de la Corte Suprema de Justicia que se deja expuesta, sobre la misma base.

Ahora bien, si se examina la Constitución de 1991, se observa que el artículo 28 en su último inciso previene que, "En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

El mandato constitucional tal como se halla redactado, viene precisamente a confirmar el planteamiento del *a quo* en el sentido de que la inhabilidad que se examina no puede ser intemporal. Por ello, en nada varía el alcance que a la luz de la nueva Constitución Política, dentro de un entendimiento natural, sigue teniendo el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, modificadorio del literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986. Y en esta forma, es obvio que, contrario a lo que afirma el actor, no existe por parte del Tribunal ningún quebrantamiento al artículo 230 de la Carta, según el cual, "los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley..." puesto que la sentencia recurrida se ajusta a derecho.

De otra parte, es bueno señalar, que el artículo 293 de la Constitución dispone que, sin perjuicio de lo establecido, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, faltas absolutas y temporales, etc., de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, entre las cuales están los municipios (art. 286 C.P.), siendo los alcaldes los jefes de la administración local y representantes legales (art. 314 C.P.). De tal manera que para estos servidores públicos, en materia de calidades, inhabilidades, incompatibilidades, faltas absolutas y temporales, etc., que requiere un desarrollo legal, hasta

tanto sean expedidas por el legislador las normas pertinentes, rigen las disposiciones vigentes referentes a los Alcaldes, en cuanto a ellos concierne.

Para la Sala, no ofrece duda alguna que lo sucedido en el presente caso con el señor Efraín Oviedo Moyano, no lo inhabilita para ser elegido Alcalde, porque en la época de su inscripción como candidato a esa dignidad para las elecciones que tuvieron lugar el 8 de marzo de 1992, había cumplido desde hacía varios años la pena de prisión a la que fue condenado durante veintiséis meses por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, mediante sentencia proferida el 30 de agosto de 1966.

Con las precisiones que se han hecho se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 30 de septiembre de 1992, que denegó las pretensiones de la demanda.

2. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993):

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / DIPUTADO / EMPLEO DE ELECCION POPULAR / NULIDAD ELECTORAL - Procedencia

Aunque el artículo 179 numeral 8º de la C. N. aparezca ubicado en el capítulo pertinente a los congresistas, no está referida exclusivamente a estos servidores públicos sino que cobija también a todas las personas que aspiren a ser elegidos en los cargos de gobernadores, diputados, concejales y alcaldes. Para la fecha de la elección de alcalde, el demandado era diputado en ejercicio de la Asamblea, coincidiendo parcialmente los períodos para los dos cargos de elección popular. En tal virtud, incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 8º del artículo 179 de la C. N., la cual genera la nulidad del acto de su elección como alcalde.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0890.

Actor: Gabriel Enrique Solano Rivera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 9 de octubre de 1992.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Gabriel Enrique Rivera, por conducto de apoderado, solicitó la nulidad del Acta de fecha 10 de marzo de 1992 por medio de la cual se declaró elegido a Luis Eduardo Mosquera Salas como Alcalde municipal de Tello, Huila, para el período constitucional 1992-1994. También pidió que sean declarados nulos los registros electorales computados a favor del mismo candidato y cancelada la

respectiva credencial. Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicitó se ordenara practicar por parte del Tribunal Administrativo del Huila un nuevo escrutinio para la alcaldía municipal de Tello, solamente con base en los registros de votos computados a los candidatos elegibles para este cargo. Y que, con base en los resultados, se haga una nueva declaración de elección de alcalde y se le expida la correspondiente credencial.

2. Señala el accionante que el señor Luis Arturo Mosquera Salas era inelegible para el cargo de Alcalde por detentar la calidad de Diputado a la Asamblea cuyos períodos coinciden parcialmente. Que no presentó renuncia como Diputado, ni ésta le ha sido aceptada en términos de ley.

3. El actor consideró infringidos con el acto acusado el artículo 179 numeral 8º de la Constitución según el cual nadie puede ser elegido para más de una corporación o cargo público si los respectivos períodos son coincidentes en el tiempo, así sea parcialmente. Y el artículo 299 *ibidem*, por cuanto hace extensivas a los diputados las causales de inelegibilidad de los congresistas al disponer que su régimen de inhabilidad no podrá ser menos estricto.

4. En el mismo libelo demandatorio solicitó la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue denegada por el Tribunal en auto del 5 de mayo de 1992 (fls. 27 a 31).

5. El señor Luis Arturo Mosquera Salas no dio contestación a la demanda.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Huila, oídos los alegatos de las partes y del Ministerio Público, en sentencia proferida el nueve de octubre de 1992, declaró la nulidad de la elección del señor Luis Arturo Mosquera Salas como Alcalde del municipio de Tello y como consecuencia de ello la cancelación de la respectiva credencial. Dispuso además comunicar esta decisión al señor Gobernador del departamento del Huila para los efectos del artículo 8º de la Ley 49 de 1987, subrogatorio del artículo 20 de la Ley 78 de 1986, y denegó las demás pretensiones de la demanda.

Consideró el *aquo* que la prohibición del numeral 8º del artículo 179 de la Carta es aplicable a todos los servidores públicos, y no está circunscrita a un determinado momento de su consumación. Estima que lo importante "... no es el instante de la elección sino la coincidencia en el tiempo de los períodos de ejercicio en las corporaciones, cargo o cargos para los que fuere elegido...". Observa que, "...el régimen permisivo anterior consagrado en la Ley 49 de 1987 que permitía ser elegido alcalde teniendo el aspirante la calidad de

SECCION QUINTA

diputado, consejero intendencial o comisarial o concejal, fue modificado por la nueva Carta Constitucional que busca una transparencia absoluta, y que por ser norma de normas y tener prevalencia sobre cualquier ley u otra norma (art. 4 C. N.) deberá aplicarse” (fl. 85).

Concluye el Tribunal que en el presente caso, Luis Arturo Mosquera Salas tenía la investidura de Diputado cuando fue elegido Alcalde, coincidiendo los períodos correspondientes en ambos cargos y, por tal razón, se hallaba incurso en la referida prohibición.

En cuanto a que se ordene y practique un nuevo escrutinio, no accede el *a quo* a esta pretensión de la demanda por cuanto la declaratoria de nulidad de una elección constituye falta absoluta conforme al artículo 13 de la Ley 78 de 1986 y está regulada en el artículo 8º de la Ley 49 de 1987 modificatorio del artículo 20 de la Ley 78 de 1986.

EL RECURSO DE APELACION

El demandado, por conducto de apoderado, en escrito obrante a los folios 87 y 88, apeló la sentencia referida argumentando que en ésta se incurre en un error de derecho por aplicación indebida de una norma que para su operatividad requiere desarrollo legal. Aduce que la providencia impugnada también incurre en error de derecho por violación directa de la ley “... al actuar como si la Ley 49 de 1987 que permite a una persona, por vía exceptiva, ser elegido alcalde teniendo el aspirante la calidad de diputado, no existiera; adentrándonos así en un vacío institucional que es propio de un estado de derecho y que generaría una inseguridad jurídica que no se compadece con la filosofía que lo inspira” (fl. 87).

Por último cita jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado en relación con la vigencia de las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987.

EL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Séptima en lo Contencioso solicita que sea confirmada la sentencia recurrida.

Partiendo de la prueba allegada al proceso, infiere que para la época en que se realizaron los escrutinios de votos para alcalde en todo el territorio nacional, el señor Luis Arturo Mosquera Salas no había renunciado a su cargo de Diputado en el mismo municipio, manteniendo simultáneamente esta calidad y la de Alcalde, trasgrediendo con ello el artículo 179 de la Constitu-

ción y al mismo tiempo el artículo 299 de la misma, respecto de las inhabilidades e incompatibilidades de los diputados.

En relación con el artículo 1º de la Ley 49 de 1987 cita jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual, por ser la norma mencionada anterior a la vigencia de la actual Constitución y no ser acorde con la inhabilidad consagrada en el numeral 8º del artículo 179 de la misma, quedó derogada.

CONSIDERACIONES:

Según la demanda, en las elecciones del 8 de marzo de 1992, el señor Luis Arturo Mosquera Salas, siendo diputado a la Asamblea del Huila en el período 1990-1992, resultó elegido Alcalde municipal de Tello, Huila, coincidiendo parcialmente los dos períodos, situación que viola los artículos 179 numeral 8º y 299 de la Constitución Nacional y conlleva a la nulidad del acto demandado.

Ante todo se reitera la precisión que ha hecho el Consejo de Estado respecto del artículo 179 numeral 8º de la Constitución, en el sentido de que no obstante aparecer la norma ubicada en el capítulo pertinente a los congresistas, no está referida exclusivamente a estos servidores públicos sino que cobija también a todas las personas que aspiren a ser elegidos en los cargos de gobernadores, diputados, concejales y alcaldes.

Dispone el citado artículo 179 lo siguiente:

“... ”

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.”

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 23 de enero de 1992, ha señalado que “... una vez elegidos los congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes, están inhabilitados para aspirar a otro cargo o corporación, mientras ejerzan efectivamente el cargo porque la Constitución prohíbe que una misma persona desempeñe dos cargos en forma concurrente”.

En el *sub lite*, las pruebas aportadas demuestran lo siguiente:

a) Que el señor Luis Arturo Mosquera Salas fue elegido en las elecciones del 8 de marzo de 1990, Diputado a la Asamblea Departamental del Huila para el período 1990-1992, conforme aparece en la copia auténtica del Acta parcial de escrutinio (formulario E-28) visible al folio 13;

SECCION QUINTA

b) Que el mismo ciudadano fue elegido Alcalde municipal de Tello, Huila, para el período 1992-1994 según consta en la copia auténtica del acta de escrutinio realizada por los escrutadores municipales el 10 de marzo de 1992, obrante de folios 2 a 6;

c) Que en los archivos que reposan en la Secretaría General de la Gobernación del departamento del Huila, y según documento calendado al 3 de abril de 1992, no aparece aceptación de renuncia del señor Luis Alberto Mosquera Salas, como Diputado a la Asamblea Departamental, para el período 1990-1992 (fl. 15), y

d) Que según información del Secretario Permanente de la Asamblea Departamental del Huila, contenida en comunicación del 9 de abril de 1992, “... en el Archivo de la Secretaría Permanente no aparece constancia o copia alguna de la renuncia del honorable Diputado Luis Arturo Mosquera Salas” (fl. 25).

Por lo anterior, considera la Sala que el supuesto fáctico alegado por el actor, se encuentra debidamente demostrado con los documentos anteriores, que se reputan válidos y de cuyo examen se infiere que para la fecha de la elección del alcalde de Tello, Huila, realizada el 8 de marzo de 1992, el señor Luis Arturo Mosquera Salas era Diputado en ejercicio de la Asamblea del citado departamento, coincidiendo parcialmente los períodos para los dos cargos de elección popular ya que el primero concluía el 30 de septiembre de 1992 y el segundo se iniciaba el 1º de junio del mismo año. En tal virtud, incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Nacional, la cual genera la nulidad del acto de su elección como alcalde de Tello como acertadamente así lo entendió el Tribunal de Instancia al anular el acto correspondiente. Por tales razones habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

1. Confirmar la sentencia apelada.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

**CONCEJO MUNICIPAL / CONTRALOR MUNICIPAL
- Elección / QUORUM DELIBERATORIO - Inexistencia
/ SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia**

Del contenido del acta se desprende claramente, que en la elección de la contralora municipal, sólo participaron seis de los diecisiete miembros que conforman el Concejo, siendo elegida por 5 votos, es decir, que la decisión la tomaron los seis integrantes de la Corporación que asistieron a la sesión de ese día, quórum que verificó el secretario a petición de la Presidencia, y que no alcanzaba la mayoría exigida por el artículo 145 de la Constitución Nacional, resultando quebrantada esta norma de manera ostensible y manifiesta por dicho acto, al producirse la elección. Para la Sala la violación se da prima facie, sin necesidad de recurrir a complejos razonamientos, baste solo confrontar los dos extremos, acto y norma para establecer el hecho, pues mientras la Constitución no señale un quórum diferente, las decisiones sólo pueden ser adoptadas por la mayoría de sus integrantes, que es la forma determinada por ella.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0983.

Electoral Segunda Instancia.

Actor: Samuel Ramos Herrera.

De plano como lo indica el artículo 155 del C. C. A., decide la Sala el recurso de apelación interpuesto en tiempo por las partes, demandante y coadyuvante, contra el auto admisorio de la demanda, en cuanto éste, denegó

la solicitud de suspensión provisional del acto impugnado en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

Obrando en su propio nombre, el doctor Samuel Ramos Herrera, demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío, la nulidad del acto administrativo contenido en el acta número 03 del 18 de mayo de 1992, mediante el cual, el Concejo Municipal de Armenia, Quindío, eligió como Contralora para esa localidad a la doctora Martha Liliana Hurtado Parra.

SUSPENSION PROVISIONAL

En el capítulo IV del libelo demandatorio, solicita el actor la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo descrito, aduciendo las siguientes razones:

Suspensión provisional del acto:

Con fundamento en los artículos 152, 230 y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo, comedidamente solicito al honorable Tribunal Administrativo la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo de elección de Contralor del municipio de Armenia, departamento del Quindío, emanado del honorable Concejo Municipal de Armenia, y contenido en el Acta número 03 de la sesión celebrada el día 18 de mayo de 1992, por medio del cual se eligió a la doctora Martha Liliana Hurtado Parra.

Razones de la solicitud:

1ª. En el presente caso y en los términos consagrados en el numeral 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, existe manifiesta infracción por confrontación directa del acto acusado con las normas de la Constitución Política de Colombia y con las demás normas de ley relacionadas en el cuerpo de la demanda y en el acápite especial de “las normas violadas y el concepto de la violación”.

2ª. La misma conclusión se obtiene -manifiesta infracción- si se confrontan los elementos de formación y desarrollo del Acto emanado del Concejo Municipal de Armenia, con los documentos públicos que me permito acompañar con la demanda en la parte denominada “Medios de Prueba”, y que solicito se valoren en el auto que resuelva la presente solicitud.

3ª. El acto se produjo por el cabildo mediante un procedimiento irregular porque la primera elección que se hizo fue (sic) revocada por la plenaria

SECCION QUINTA

de la Corporación por el error en el nombre de los candidatos, y la segunda votación no se realizó. De todas maneras y de acuerdo con el procedimiento, la primera elección quedó insubsistente por revocatoria del mismo ente que la realizó.

4ª. En la creación del acto participaron personas naturales que no tenían la calidad de concejales para el día 18 de mayo de 1992, con manifiesta infracción del artículo 261 de la Constitución Nacional con vigencia a partir del día 5 de julio de 1991, que abolió las suplencias en los cargos de elección popular en las corporaciones públicas del país.

5ª. También intervino con voz y voto en la elección un concejal principal que a la sazón tenía la calidad de diputado de la Asamblea del departamento del Quindío, desde el día 8 de marzo del presente año, y cuya credencial recibió personalmente de manos de los Delegados Departamentales del Estado Civil en el Quindío el día 15 de marzo del presente año, como se desprende de la prueba adjunta.

6ª. Salta a la vista, igualmente, la infracción a las normas superiores sobre quórum decisorio establecidas por los artículos 74, 72, 86 y 91 del Código de Régimen Municipal, porque la elección llevada a cabo por el Concejo Municipal de Armenia, en sesión del 18 de mayo fue (sic) realizada sin atender el quórum obligatorio, por un Concejo espúreo, sin el número plural de miembros necesario siquiera para abrir la reunión y sesionar.

EL AUTO RECURRIDO

Fue proferido el 6 de julio de 1992 (fl. 217), y para la negativa a la solicitud de suspensión, el *aquo* examinó en primer lugar, el acto acusado frente a las pruebas que acreditan la composición del Concejo Municipal de Armenia, en el período 1990-1992 y seguidamente, las normas que en el texto de la demanda se invocan como infringidas.

Del examen, y sobre la base de la prueba documental aducida con la solicitud, llega a la conclusión de que, para establecer la conformación del Concejo para el 18 de mayo de 1992, fecha del acto impugnado, es necesario emprender “una tarea sistematizada de comparación con otra documentación pública que apenas parcialmente fue aportada con la petición...” lo que lleva a afirmar, “que la violación a las normas superiores transcritas no es manifiesta, directa u ostensible..., pues, se repite, se impone un complicado ejercicio de argumentación que basamenta no menos de dos tesis que aquí se plantearían,

respecto de si el quórum decisorio se ha de concretar con el número inicial de integrantes del concejo, o con éste reducido por efecto de renunciaciones y faltas absolutas, más las oportunidades que esos hechos permiten a los suplentes el actuar con los requisitos de ley”.

Similar criterio aplica el Tribunal al referirse a los demás motivos de sustentación para, en últimas, denegar la suspensión solicitada.

LAS APELACIONES

Contra la decisión del *aquo*, interpusieron recursos de apelación, la parte coadyuvante (fls. 234 y ss.) y la demandante (fls. 241 y ss.).

La primera, aduce que la elección de la Contralora quedó tácitamente revocada, al aceptarse una proposición en el sentido de que se hiciera nueva votación, dado la equivocación presentada en el nombre de la candidatura, no obstante lo anterior, se eligió a la doctora Martha Liliana Hurtado Parra como nueva Contralora Municipal de Armenia.

El recurrente, luego de explicar la forma en que se realizó la votación, deduce que no hubo elección, considerando además, que para ésta, tal como esta demostrado, se necesitaban los votos de la mitad mas uno de los ediles al Concejo de Armenia, que se compone de 17 miembros.

El demandante, por su lado, recaba sobre la forma en que estaba integrado, por su número, el concejo de Armenia, el cual, estima, no fue variado por la nueva Constitución Nacional “o sea que estaba vigente para el 18 de mayo de 1992, fecha de la elección, sin que esa composición numérica, por ser de orden legal, pudiera verse alterada por ausencias temporales o absolutas de concejales”.

De todas sus consideraciones, concluye:

Que en la reunión del concejo de Armenia en la fecha antecitada, “no existió quórum ni siquiera para deliberar, coligiendo entonces la violación directa y ostensible ‘de los textos superiores de la Constitución Nacional que establecen el quórum, y en especial de los artículos 145, 146, 147 y 148...’”

CONSIDERACIONES:

El asunto a dilucidar se remite a examinar, si la medida provisoria solicitada en la demanda, cumple con el segundo presupuesto indicado en el artículo 152 del C. C. A., para su procedibilidad, como lo afirman los

SECCION QUINTA

recurrentes, o por el contrario, la decisión adoptada por el *a quo*, denegándola, se ajusta a ese supuesto jurídico.

La antecitada norma dice, que si la acción es de nulidad, “basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”, desde luego que la sencilla comparación a que alude el texto legal entre el acto acusado y la norma o normas superiores, tiene que estar desprovista de todo artificio, como repetidamente se ha dicho, es decir, que de esa simple confrontación la impresión inmediata dentro del campo jurídico, sea la de una marcada contradicción entre esos dos extremos, de tal suerte visible, clara y ostensible que no requiera ningún tipo de reflexión para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores.

De acuerdo con el mandato del artículo 148 de la Constitución Nacional, todas las corporaciones públicas de elección popular, para adoptar sus decisiones, deben observar las normas sobre quórum y mayorías previstas en la Carta.

Al efecto, el artículo 145 *ibidem*, consagra que, esas decisiones “sólo podrían tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente”.

Esta norma que tiene como antecedente el artículo 82 del anterior texto constitucional, mantuvo en la misma proporción, de mitad más uno, el quórum para decidir.

El mandato imperativo es el mismo, así esté expresado en otros términos.

Obra en el proceso a folio 129 el acta parcial de escrutinios (formulario E-28), mediante el cual, la Comisión Escrutadora Municipal el 16 de marzo de 1990, declaró elegidos a diecisiete concejales en la ciudad de Armenia para el período 1990-1992. Igualmente, a folios 190 y 191, existen constancias expedidas por el Registrador Especial del Estado Civil, en las que se anota sobre esta misma elección, número de concejales, período para el que fueron elegidos y relación de los nombres de los ciudadanos que resultaron favorecidos como principales y suplentes.

Es decir, que con los documentos públicos mencionados y que fueron aducidos con la solicitud, se demuestra la composición del concejo de Armenia, en un número de 17 miembros.

Ahora bien, dada esa composición, las decisiones del Concejo de esa municipalidad en el período expresado, debían tomarse conforme al precepto constitucional indicado, o sea, por mayoría de sus componentes, mayoría que, de todas maneras, implicaba la presencia de nueve (9) concejales, por lo menos.

Del contenido del acta número 03 del 18 de mayo de 1992 se desprende claramente, que en la elección de la Contralora Municipal de Armenia, sólo participaron seis (6) de los diecisiete (17) miembros (concejales) que conforman el concejo, siendo elegida por 5 votos, es decir, que la decisión la tomaron los seis (6) integrantes de la Corporación que asistieron a la sesión de ese día, quórum que verificó el secretario a petición de la presidencia, según consta en el acta (fls. 184 y 185) y que no alcanzaba la mayoría exigida por el artículo 145 de la Constitución Nacional, resultando quebrantada esta norma de manera ostensible y manifiesta por dicho acto, al producirse la elección.

Para la Sala, la violación se da *prima facie*, sin necesidad de recurrir a complejos razonamientos; baste sólo confrontar los dos extremos, acto y norma, para establecer el hecho, pues mientras la constitución no señale un quórum diferente, lo que no ocurre en este caso, las decisiones sólo pueden ser adoptadas por la mayoría de sus integrantes, que es la forma determinada por ella.

Es oportuno observar, que la composición del Concejo de Armenia, elegido el 16 de mayo de 1990, para un período de dos años, no se altera en su número por ninguna de las circunstancias que señala el *a quo* en el auto recurrido, puesto que la ley prevé la forma como se suplen esas faltas, siendo por tanto su conformación para el 18 de marzo de 1992 de 17 miembros, y si bien, el artículo 261 de la C. N., acabó con las suplencias, los concejos integrados en 1990 con principales y suplentes terminaban su período el 31 de julio de 1992.

Como consecuencia de lo anotado, habrá de revocarse el auto de julio 6 de 1992, en lo relativo a la negativa de la suspensión provisional solicitada.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Revócase el auto de julio 6 de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en lo que hace relación a la negativa a declarar la

SECCION QUINTA

suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, y en su lugar, se declara dicha suspensión provisional.

Una vez en firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 12 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Miren de La Lombana de Magyaroff*

Ref.: Expediente número 0911.

Apelación Sentencia.

Actor: Oscar Silva Rendón.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor Oscar Silva Rendón contra la sentencia de septiembre 11 de 1992 por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia decidió denegar las súplicas de la demanda mediante la cual invocó la nulidad de la elección del señor Cecilio Hernán Alzate Casas, como Alcalde de Yarumal (Antioquia), para el período 1992-1994.

Como consecuencia de lo anterior, que se realice un nuevo escrutinio, excluyendo del cómputo general los votos emitidos a favor de Cecilio Alzate Casas y se comunique esta decisión a las autoridades pertinentes.

El demandante invocó como infringidas las siguientes disposiciones: el artículo 5 de la Ley 7 de 1986, en concordancia con el artículo 223, modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

Manifiesta la parte actora que el demandado fue condenado a la pena principal de nueve meses de prisión y a las accesorias de una multa de \$50.000.00, interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad y al resarcimiento de los perjuicios morales y materiales. La sentencia está fechada el 5 de julio de 1971 y fue apelada, siendo confirmada, en su integridad, el día 15 de febrero de 1972 por providencia expedida por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Yarumal. Lo anterior demuestra claramente que el señor Alzate Casas estaba inhabilitado para aspirar al cargo de Alcalde de Yarumal (Antioquia).

SECCION QUINTA

En el mismo escrito, el demandante solicitó la suspensión provisional del acto que declara la elección del señor Cecilio Hernán Alzate Casas, medida que le fue denegada por el Tribunal mediante auto fechado el 8 de abril de 1992 (fls. 40 a 45). Esta decisión fue apelada ante el Consejo de Estado, el cual resolvió confirmar la denegación de suspensión provisional contenida en el auto mencionado, pues la Sala consideró que con base en las pruebas allegadas no era posible decretar la medida provisional (fls. 73 a 81).

Mediante apoderado debidamente constituido (fl. 48), el señor Cecilio Hernán Alzate Casas contestó la demanda de la referencia, oponiéndose a las pretensiones por considerar que a la fecha de la elección, ya se había extinguido la acción y las penas por cumplimiento del período de prueba, ya que la sentencia quedó ejecutoriada en el mes de febrero de 1972, es decir, hace más de 20 años.

Además, de acuerdo al artículo 205 de la Ley 28 de 1979, la rehabilitación opera *ipso jure* (fls. 61 a 68).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Antioquia por sentencia de septiembre 11 de 1992 negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, el Tribunal acoge el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que las penas no pueden tener efectos intemporales y el asunto que se resuelve debe interpretarse en consonancia con las demás normas del ámbito penal.

En segundo lugar, considera que el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986 se encuentra vigente, ya que el legislador no ha dictado normas pertinentes en materia de inhabilidades e incompatibilidades.

En lo que hace referencia a la pérdida de la ciudadanía sólo opera, en la nueva Constitución, de hecho pues su pérdida por decisión judicial no fue prevista por el constituyente. Todo sin perjuicio de la suspensión de la ciudadanía por decisión judicial. Lo anterior, armoniza con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de junio 9 de 1989.

Por su parte, el criterio expuesto, en relación con la “pérdida transitoria” o suspensión de la ciudadanía y la temporalidad de las penas es también válido tratándose de los alcaldes, porque no existe disposición constitucional expresa.

Vale recordar que el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 (nuevo Código de Procedimiento Penal) no es aplicable al caso pues ésta sólo entró en vigencia a partir del 1 de julio de 1992, con posterioridad a la elección del demandado.

Por último, las penas impuestas, tanto principales como accesorias, se extinguieron o por su cumplimiento o por el fenómeno de la prescripción y en tales casos no es aplicable el trámite previsto en el artículo 635 del anterior Código de Procedimiento Penal (fls. 107 a 116).

El recurso de apelación

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal, el demandante presentó recurso de apelación, en los siguientes términos (fls. 118 a 125).

Lo que se trataba no era de averiguar si la intemporalidad de las penas era un fenómeno odioso o no, o contrario al orden democrático y republicano, lo que debía esclarecerse era si el señor Cecilio Hernán Alzate estaba capacitado para ser elegido y si para esa fecha había sido rehabilitado en sus derechos políticos, perdidos precisamente con la sentencia de condena mencionada en la demanda.

El punto clave del estudio es el de la rehabilitación del individuo y el Tribunal no solamente no lo estudió sino que violó abiertamente el orden jurídico existente sobre el punto en cuestión. Para sustentar su criterio sobre la rehabilitación, el actor menciona y transcribe un fallo del Tribunal Superior de Pereira para llegar a la conclusión que se ha debido demostrar que el señor Cecilio Hernán Alzate fue rehabilitado de acuerdo con los artículos 526, 527 y 528 del Código de Procedimiento Penal. Esta situación la ha debido demostrar la parte demandada.

Como el apoderado del demandado no aportó las pruebas de la rehabilitación, la Corporación ha debido aplicar el artículo 169 de C.C.A., para así poder dictar una sentencia acertada.

Con base en esto, el apelante solicita la práctica de diferentes pruebas (fl. 124) a fin de demostrar si el demandado estaba o no rehabilitado.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, mediante concepto número 38, solicitó la confirmación de la sentencia recurrida por considerar que los cargos no están llamados a prosperar ya que no está inhibido para ser elegido Alcalde quien en cualquier época haya sido condenado a pena

SECCION QUINTA

privativa de libertad; es menester que la referida condena esté vigente (que no se haya cumplido o extinguido). Como en el caso de autos no lo está, el señor Alzate no estaba inhabilitado para ocupar el cargo (fls. 138 a 146).

CONSIDERACIONES

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

La Sala procede a analizar los cargos planteados:

El actor solicitó la nulidad del acto declaratorio de elección del señor Cecilio Hernán Alzate Casas como Alcalde Popular del Municipio de Yarumal (Antioquia) por considerar que violó el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986 y el numeral 5 del artículo 223 del C.C.A., modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

El literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986 reza:

“Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

“

c) Haya sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos”.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 223 del C.C.A. dice:

“Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

“

“5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos” considera el demandante que los elementos aportados al proceso, donde se demuestra que en el Juzgado Primero Penal Municipal de Yarumal se condenó al señor Alzate Casas por delito de lesiones personales, teniendo una pena principal de 9 meses de prisión y unas accesorias consistentes en una multa, la interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad, así como el resarcimiento de los perjuicios morales y materiales, son plena prueba para demostrar que éste estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde de Yarumal (Antioquia).

En el informativo aparecen las siguientes pruebas:

Folios 1 a 19: Sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Yarumal, fechada el 5 de julio de 1971 donde se condena al señor Cecilio

Herán Alzate Casas a purgar 9 meses de prisión por incurrir en el delito de lesiones personales y a unas penas de carácter accesorio mencionadas en ella.

Folios 20 al 23: Confirmación de la sentencia que por apelación revisó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yarumal, fechada el 15 de febrero de 1972.

Folio 91: Declaración del señor José María Posada Muñoz ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso de la referencia.

Se observa:

Sea lo primero precisar que el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986, citada por el demandante, está vigente en cuanto a la inhabilidad allí establecida porque el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, que la subrogó, lo hizo en el sentido de ampliar la causal prevista e invocada en la demanda a todas las sentencias condenatorias de carácter penal.

En tales condiciones se procede a hacer el estudio correspondiente:

El artículo 12 de la Ley 53 de 1990 es del siguiente tenor:

El artículo 5, ordinal c) de la Ley 7 de 1986, quedara así:

“c) Se le haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal, o resolución de acusación que se encuentre debidamente ejecutoriada al momento de la inscripción de su candidatura, excepto cuando se trate de delitos políticos”.

El texto de la disposición es claro: la sentencia condenatoria de carácter penal es causal de inhabilidad para ser elegido como Alcalde.

Ahora bien, es condición indispensable que la sentencia condenatoria en cuestión esté vigente. Al respecto es clara la exigencia de tal requisito, expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando decidió la exequibilidad del literal c) del artículo 5 de la Ley 7 de 1986, que aparece expuesto en la sentencia del tribunal que se analiza en esta oportunidad y que esta Sala comparte, en el sentido de que no puede haber penas intemporales, salvo que la Constitución o la ley así lo dispongan, lo que no ha sucedido en el caso de autos (la elección de Alcaldes).

Es preciso aclarar que aunque al resolver el recurso de apelación contra el auto que denegó la suspensión provisional esta Sala aludió a la posibilidad de analizar el artículo 179 de la C. N. es claro que al no aparecer invocado como infringido en la demanda, no es del caso emprender un estudio sobre el mismo.

SECCION QUINTA

Igualmente es necesario precisar, también, que el estudio debe versar sobre el marco de litis establecido por la demanda, en la cual es claro que lo alegado fue la inhabilidad originada en la sentencia condenatoria, por tal razón no es del caso analizar la posteriormente alegada falta de rehabilitación que a más de lo anterior, tampoco está prevista en la norma invocada como fundamento de la inhabilidad en estudio.

De las pruebas aportadas se desprende que el demandado fue condenado en el año de 1971, y la sentencia fue confirmada el 15 de febrero de 1972. Como la pena principal era de 9 meses de prisión, una vez cumplida la condena, perfiló el fenómeno de la rehabilitación *ipso jure*, como ya lo dijo la Honorable Corte Suprema de Justicia.

De acuerdo con el *a quo*, el transcurso del tiempo entre el cumplimiento de la condena y la elección, hoy fecha de la inscripción de la candidatura de acuerdo a la Ley 53 de 1990, artículo 19, es más que suficiente para que opere este fenómeno.

Como se puede observar, el señor Alzate Casas no estaba inhabilitado en el momento de la elección por lo cual no prospera el cargo.

Respecto de la cita que hace la demanda del artículo 223 del C.C.A., tal como fue subrogada por el artículo 65 de la Ley 96 de 1975, caben las mismas anotaciones echas al comienzo del estudio en relación con el hecho de que aunque la disposición que aparece citada, fue a su vez, subrogada por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, la realidad es que el numeral 5 del artículo antes mencionado establece la causal que se expone en la demanda por lo que es del caso realizar el estudio correspondiente.

Al respecto debe aclararse que no se pueden confundir las calidades constitucionales o legales que debe tener un ciudadano para ser electo, con las inhabilidades previstas por la ley, y este segundo evento es el que se está analizando en el *sub judice* y no el primero como dice el apelante.

En este orden de ideas, no prospera el cargo.

De acuerdo a lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, todo el concepto de la Procuradora y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 11 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha once de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; Miren de La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Elección / SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL - Inexistencia / SISTEMA MAYORITARIO

Es erróneo lo que sostiene el Tribunal a quo, de que en este evento se haya dado aplicación al sistema del cuociente electoral consagrado en el artículo 263 de la Carta, pues como esa misma norma prevé, dicho sistema se emplea "... cuando se vota por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública...", ya que en esos casos como el presente, cuando la elección es uninominal, se aplica el sistema mayoritario según el cual gana la elección el candidato que obtenga mayor número de sufragios y ésto, evidentemente, fue lo que ocurrió en el caso sub judice.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0899.

Actor: Héctor Julio Gómez Cuéllar.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto oportunamente (fls. 158-159) por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 19 de octubre de 1992 (fls. 139-156).

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Héctor Julio Gómez Cuéllar, demandó del Tribunal Administrativo del Huila, la nulidad del acto por medio del cual, se declaró la elección del señor Jorge Eliécer García, como Alcalde popular de Nátaga, Huila, para el período constitucional 1992-1994. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó la cancelación de la credencial que acredita al elegido su calidad de Alcalde y la práctica de un nuevo escrutinio, incluyendo, en el mismo, aquellos votos válidamente emitidos en favor del candidato Abilio Yasno Noscue y que fueron apartados

ilegalmente durante la diligencia de escrutinio municipal del 10 de marzo de 1992, excluyendo los sufragios ilegalmente computados a favor del candidato Jorge Eliécer García, así como los registros cuya nulidad se hubiere demostrado en el transcurso del proceso.

2. A juicio del demandante, el acto impugnado viola los artículos 3º, 4º, 23, 29, 258, 264 de la Constitución Nacional; 2º, 3º, 167, 172 del Código Electoral; 1-223 y 227 del Código Contencioso Administrativo. Transgresiones que se originaron por hechos acaecidos en la diligencia de escrutinio municipal realizada el 10 de marzo de 1992.

2.1 Sostiene el actor, que al no permitirse la entrada de varias personas al recinto donde se llevó a cabo el escrutinio, se pretermitieron los postulados exigidos por la ley.

2.2 Los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal, determinaron, excluir del cómputo total un número de tres sufragios depositados en favor del candidato Abilio Yasno Noscue, con el argumento, falso, de que la tarjeta electoral fue marcada en varias partes. Esa decisión vulneró el principio de la eficacia del voto y, en consecuencia, alteró los resultados electorales, tornándose falsos los registros en los que se computaron los resultados, así como la diligencia de escrutinios en la que se declaró la elección de Alcalde del municipio de Nátaga.

Con el quebrantamiento de las normas electorales y con la utilización de los registros alterados, se tergiversó la voluntad popular declarando elegido alcalde del municipio a una persona que no había obtenido el favor popular, en consecuencia, y de acuerdo con el artículo 223-2-4 del C. C. A., esos vicios constituyen causal de nulidad de las actas de las corporaciones electorales y así debería declararse.

3. Por conducto de apoderado al efecto constituido, el señor Jorge Eliécer García contestó la demanda, manifestando que se oponía a la pretensión de declarar nulo el acto demandado. Aceptó algunos hechos y negó otros, explicando las razones de su negativa. Finalmente solicitó la práctica de algunas pruebas (fls. 33-39).

4. Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 y siguientes del C. C. A., el Tribunal Administrativo del Huila despachó adversamente las pretensiones del actor, en la siguiente forma:

La sentencia del primer grado.

SECCION QUINTA

1. El *a quo* observa que el actor presentó dos cargos en su demanda, haciendo consistir el primero de ellos en el hecho de que la diligencia de escrutinio no fue pública, y el segundo en que se violó el sistema electoral adoptado en la Constitución Política y en las leyes de la República.

Tomando como base lo dispuesto en los artículos 223 y 227 del C. C. A. señaló que las causales de nulidad son taxativas y están expresamente contempladas en la ley, lo cual las hace exigentes en su tipicidad y en su prueba para que puedan prosperar las pretensiones, es decir, que es deber del actor acreditar debidamente su existencia.

Manifiesta que el hecho de que la diligencia de escrutinio se realizara en forma privada, no constituye motivo de nulidad del acta respectiva, porque analizadas de manera extensiva cada una de las causales y en el supuesto de que el referido hecho pudiera encajar dentro del artículo 223-4 del C. C. A., esta disposición se refiere al sistema del cuociente electoral y no al electoral propiamente dicho, que comprende desde la fijación de fecha de las votaciones hasta la definición de reclamaciones e impugnaciones de las decisiones de los escrutadores ante el Consejo Nacional Electoral o sus delegados.

2. Al analizar el primero de los hechos alegados por el actor a la luz del artículo 227 del C. C. A., se evidencia que el precepto se refiere a las decisiones adoptadas por las corporaciones electorales en desarrollo de sus funciones y no en cuanto a las formalidades que deben ritualizar sus actos, tales como el horario, la fecha de reunión, lugar de la misma etc., pues si bien es cierto que estos aspectos están contemplados en nuestro régimen electoral, también lo es que su incumplimiento no genera nulidad ante la jurisdicción administrativa, sino reclamaciones ante el Consejo Nacional Electoral o sus delegados, conforme al artículo 42 de la Ley 96 de 1985.

Por esas razones, el Tribunal concluyó que no era viable acceder a la nulidad planteada.

3. El segundo cargo que el *a quo* estima tiene relación con el numeral 4º del artículo 223 de C. C. A., refiriéndose a él anota que el artículo 263 de la C. N. contempla el sistema del cuociente electoral cuando los puestos a proveer por los electores sean más de uno, dado que se busca la representación proporcional de los partidos, pero como aquí es solo un candidato, el sistema se cumple al dividir en uno -número de puestos a proveer- por el número de votos. El cuociente necesaria y lógicamente favorece al candidato con mayor número de votos correspondiéndole a éste, acceder al cargo una vez sea declarado elegido por la comisión escrutadora, que fue lo que

aconteció en el presente evento, tal como se desprende del acta general de escrutinio. Luego, concluye, mal puede hablarse de la violación de este sistema.

4. Finalmente advierte que, dada la taxatividad de las causales de nulidad, éstas no pueden extenderse a hechos que son objeto de alegación en la vía gubernativa, no sin antes observar que de acuerdo con la prueba testimonial, no se puede calificar de privada la diligencia de escrutinio que se realizó en el recinto de la Registraduría Municipal, ante testigos electorales debidamente comisionados y representativos de los candidatos interesados en el resultado del mismo.

EL RECURSO DE APELACION

El recurrente discrepa de la sentencia de primera instancia en cuanto el *a quo* afirma que los hechos alegados debieron debatirse en la vía electoral. Por tal razón reitera que los miembros de la comisión escrutadora, de manera inexplicable, ordenaron a la fuerza pública impedir el acceso de los candidatos y de los testigos electorales al lugar donde se efectuaba el escrutinio, dejando sin representación a varias agrupaciones políticas, circunstancia que se cuidó de hacer constar en el acta respectiva, el señor Registrador del Estado Civil de Nátaga.

Dicha determinación, que a juicio del recurrente fue discriminatoria por parte de los miembros de la comisión escrutadora, no permitió que los representantes de los movimientos y partidos afectados pudieran ejercer los recursos que la ley electoral consagra y esa misma razón, que califica de fuerza mayor, impidió reclamar la anulación de los votos obtenidos por el candidato Abilio Yasno Noscue.

El apelante sostiene, que la comisión mencionada desconoció los principios de imparcialidad, de publicidad del escrutinio y de eficacia del voto y si por razón de fuerza mayor no fue posible el ejercicio democrático y legal de participar en el escrutinio que es un acto público, cómo hablar de que no se utilizaron oportunamente los recursos.

Lo anterior conduce al recurrente a concluir que, con la actitud referida, se infringieron los artículos 139-1 a 6- del Decreto 1333 de 1986 y 29 de la Carta, y como este último consagra el debido proceso administrativo electoral se produce la causal de nulidad prevista en el artículo 223-4 del C. C. A. Por estas razones, solicita la revocatoria de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, para que en su lugar se declare la nulidad del acto demandado.

SECCION QUINTA

EL MINISTERIO PUBLICO

En escritos visibles a folios 168 a 72, la Procuradora Octava Delegada solicita la confirmación de la sentencia recurrida, al considerar que el objeto de examen de esta jurisdicción no son las causales de reclamación, sino las de nulidad estatuidas en el artículo 223 del C. C. A.; y en consecuencia, como ninguno de los cargos aducidos por el actor aparecen relacionados en la norma referida, no hay lugar a decretar la nulidad impetrada en el libelo.

CONSIDERACIONES

1. Previo el análisis de los motivos de acusación expuestos por el apelante contra la sentencia recurrida, la Sala considera necesario aclarar que, conforme lo prevé el artículo 29 de la Ley 78 de 1986, los procesos en que se demanda la elección de alcaldes están regidos por el principio procesal de la doble instancia; correspondiendo la primera a los Tribunales Administrativos; y la segunda al Consejo de Estado, luego no era indispensable que el Tribunal condicionara la admisión de la demanda a la prueba sobre el monto presupuestal del municipio de Nátaga para efectos de determinar las instancias del mismo y la procedencia del recurso de apelación contra su decisión (fl. 23).

2. Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 29 (inc. seg.) de la Ley 78 de 1986, son causales de nulidad de la elección de alcaldes:

2.1 La falta de calidades para el ejercicio del cargo. Dichas calidades están determinadas en el artículo 2º de la misma preceptiva -modificado por el artículo 2º L. 49/87-.

2.2 La violación del régimen de inhabilidades, previsto en el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, con la modificación introducida por la premencionada Ley 49 de 1987.

2.3 Las causales de nulidad establecidas en el Código Contencioso Administrativo, que corresponden a las enlistadas en el artículo 223 del C. C. A., tal como fue subrogado por la Ley 62 de 1988 artículo 17, que a la letra dice:

“... Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.
3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.
4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.
5. Cuando se computen votos en favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.
6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición.”

Ciertamente como lo observa el *a quo*, las causales de nulidad tienen carácter taxativo y no pueden crearse por las partes o el juzgador ni aplicarse por vía analógica o extensiva si la ley no las ha señalado expresamente como tales. Así las cosas, considera la Sala que la mayor parte de las transgresiones constitucionales y legales que el actor cita en la demanda como motivos de nulidad, no mantienen relación con el acto demandado o constituyen simples causales de reclamación sin poder suficiente para invalidar la elección.

En efecto, el artículo 3º de la Constitución Nacional consagra la soberanía del pueblo; el 4º determina la supremacía de la Carta Magna; el 23 se refiere al derecho de petición; el 29 consagra el debido proceso en actuaciones tanto administrativas como judiciales; el 258 se refiere al voto como derecho y deber ciudadano y trata además el tema de las elecciones; y finalmente, el artículo 264 regula la integración del Consejo Nacional Electoral.

En igual forma, las normas del Decreto 2241 de 1986 señaladas en el libelo, tampoco se relacionan con el hecho debatido, toda vez que el artículo 2º se refiere a la protección y garantías que las autoridades deben brindar a quienes ejerzan el sufragio y a la imparcialidad que están obligadas a observar en sus actuaciones; el 3º indica la forma como se adquiere y pierde la ciudadanía; el 167 determina el procedimiento que debe seguirse durante los escrutinios para la aceptación de los reclamos y apelaciones; y el 172 se refiere

SECCIONQUINTA

a la actuación que deben observar las comisiones escrutadoras en el proceso de escrutinio.

En cuanto al artículo 227 del C. C. A., señalado en el libelo, en él se indica la posibilidad de ocurrir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en demanda de que se anulen, rectifiquen, modifiquen, adicione o revoquen las decisiones emanadas de las corporaciones electorales.

En consecuencia, de todas las disposiciones invocadas en el libelo, la única pertinente es el artículo 223 del C. C. A.

Uno de los puntos que sirvió de fundamento para solicitar la nulidad demandada, se hizo consistir en que la comisión escrutadora municipal designada para el municipio de Nátaga, Huila, realizó de manera privada la diligencia de escrutinio. Si como se advirtió, los motivos de nulidad de los actos declaratorios de elección de alcalde son limitativos y no pueden extenderse a hechos o informalidades diferentes de los establecidos en el artículo 223 del C. C. A., dentro de los cuales no aparece el cuestionado, deberá concluirse que aun en el supuesto de que estuviere demostrado en el proceso su ocurrencia, éste no afecta la validez del acto demandado y, por ende, tampoco genera la nulidad del mismo.

3. El apelante afirma que la orden impartida por la comisión escrutadora para impedir el acceso a la diligencia de escrutinio de los candidatos a las corporaciones y de los testigos electorales es una "... circunstancia que se cuidó de hacer constar en el acta respectiva el señor Registrador del Estado Civil de Nátaga, Huila" y constituye, por tanto, una razón de fuerza mayor que impidió el ejercicio de los recursos que la ley electoral consagra a los representantes de los movimientos y partidos afectados.

En dicha acta, que es documento público y por tal razón ofrece plena y absoluta credibilidad en su contenido, mientras no sea tachada de falsa y demostrada su falsedad, se expresó lo siguiente:

"3.1 Hubo *un Delegado por cada candidato a la alcaldía Municipal* y uno por cada cabeza de lista o Concejo, para un total de 8 delegados (fl. 17) (se destaca).

3.2 Delegado por el Concejo u otro (sic) por un candidato a la alcaldía solicitaron repetir el conteo de los votos sufragados para los candidatos a la alcaldía de este lugar arguyendo (sic) la existencia de una diferencia mínima para la elección del mismo (sólo un voto de diferencia entre el candidato 01 y el candidato 03) por tal motivo se consedió (sic) tal

solicitud incluyendo los votos para la Asamblea y para el Concejo Municipal.” (fl. 17).

Las anteriores aseveraciones fueron corroboradas con las declaraciones rendidas dentro del proceso, de cuyo contenido se desprende que en los comicios realizados el 8 de marzo de 1992, los habitantes de la localidad de Nátaga (H) vivieron momentos de perturbación, dado que el conteo de sufragios depositados en favor de los candidatos a la alcaldía, señores Jorge Eliécer García y Abilio Yasno Noscue, mostraba oscilaciones mínimas que, indistintamente y por momentos, colocaba a cada uno de ellos como favorito, eventualidad que se mantuvo hasta la culminación del escrutinio, y cuyo resultado total muestra una diferencia mínima entre los candidatos, el primero de los cuales obtuvo 416 votos, mientras el segundo sólo registró 414 (fl. 19).

La situación aludida, sumada a lo estrecho e incómodo del recinto donde se llevó a cabo la diligencia mencionada, condujo a la comisión escrutadora, con buen criterio en sentir de la Sala, a limitar -que no negar- el acceso de ciudadanos al recinto de la Registraduría, asegurándose de que todas las agrupaciones y movimientos políticos tuvieran su representación y que peticiones como la de recuento de votos, fueran resueltas a satisfacción de los peticionarios.

Lo brevemente expuesto, conduce a concluir que no se presentó la situación alegada por el apelante y que, según dijo, impidió que se pudieran ejercer los recursos consagrados en la ley electoral.

4. Finalmente, es erróneo lo que sostiene el Tribunal *a quo*, de que en este evento se haya dado aplicación al sistema del cuociente electoral consagrado en el artículo 263 de la Carta, pues como esa misma norma prevé, dicho sistema se emplea “... cuando se vota *por dos o más individuos* en elección popular o en una corporación pública...” (se destaca), ya que en casos como el presente, cuando la elección es uninominal, se aplica el sistema mayoritario según el cual gana la elección el candidato que obtenga mayor número de sufragios y esto, evidentemente, fue lo que ocurrió en el caso *sub judice*.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él,

SECCION QUINTA

FALLA:

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila; el 19 de octubre de 1992.

2. En firme esta providencia devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DIPUTADO - Inhabilidades / ANALOGIA - Improcedencia

Las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 179 de la C. N., excepción hecha de la señalada en el numeral 8º, no son aplicables a los candidatos a ser miembros de las asambleas departamentales, pues la naturaleza personal y restrictiva que las caracteriza hace imposible que se le dé un tratamiento analógico y extensivo. En cuanto a la inhabilidad prevista en el numeral 8º, es manifiesto que el constituyente quiso darle un alcance restrictivo superior al emplear el pronombre indefinido "nadie", cuyo significado, según el diccionario es "Ninguna Persona", con lo cual la hizo aplicable a todas las personas que en los diferentes niveles territoriales del Estado aspiren a ser elegidos en los cargos y corporaciones de elección popular, cuando quiera que sus "respectivos períodos coincidan en el tiempo así sea parcialmente". El artículo 299 de la Carta sólo pretendió señalar unas pautas esquemáticas al legislador para ser aplicadas en el momento de expedición de la ley reglamentaria. Lo anterior está corroborado en el mismo texto de la norma en cuanto en su inciso final incluyó una serie de calidades, inhabilidades y requisitos que los aspirantes a diputados deberán llenar, evitar y cumplir para poder ser elegidos, sin que para ello sea necesario remitirse a las causales contenidas en los 7 primeros numerales del artículo 179.

ACCION ELECTORAL / JURISDICCION ROGADA

La elección del demandado no puede ser invalidada con base en el numeral 2º del artículo 179 de la C. N., por no serle aplicable; y como en la demanda no fue citada como causal de inhabilidad la contemplada en el artículo 46 del Decreto 1222 de 1986, que por otra parte no se estructuró, no existe razón para que por esta Sala se proceda a su examen, dado el carácter rogado de la acción electoral.

SECCION QUINTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número 0906.

Actor: Servando Sánchez Cardozo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Antecedentes

I. DE LA DEMANDA

Por intermedio de apoderado, debidamente constituido, el señor Servando Sánchez Cardozo demandó ante el Tribunal de Cundinamarca en acción pública electoral, la nulidad de la elección de Roberto Londoño Ramírez como diputado a la Asamblea del departamento del Vaupés realizada el 8 de marzo de 1992, solicitando, además, la cancelación de su credencial y la celebración de nuevos escrutinios.

Como fundamentos de sus peticiones expresa:

1. Que el demandado ejerció el cargo de Secretario de Planeación y Desarrollo Municipal de Mitú, Vaupés, desde el 19 de julio de 1990, hasta el primero de julio de 1991, fecha en que le fue aceptada la renuncia.

2. Que se inscribió como candidato a la Asamblea del Vaupés por el movimiento "Democracia Indígena del Vaupés", siendo elegido como Diputado en las elecciones del 8 de marzo de 1992, y declarada su elección como tal el 15 del mismo mes y año.

Considera el actor que por el hecho de haber ejercido el señor Londoño Ramírez, 9 meses antes de su elección, el cargo de Secretario de Planeación y Desarrollo del municipio de Mitú, en el departamento de Vaupés, no podía ser elegido a la Asamblea de esa entidad territorial por hallarse incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 2º del artículo 179 de la C. N., norma que estima aplicable a los diputados por disposición del artículo 299 de la misma Carta Política.

En la misma demanda, el apoderado del actor solicitó la suspensión provisional del acto demandado, la cual fue denegada por el Tribunal y

posteriormente rechazada por la misma corporación en providencia diferente, al ser reiterada en nuevo escrito.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

En ejercicio del poder que le fue conferido, el apoderado del demandado contestó la demanda oponiéndose a las peticiones, pues considera que el cargo que desempeñó su poderdante como Jefe de Planeación y Desarrollo Municipal de Mitú es de simple asesoría, tramitación y coordinación, sin autoridad política, civil, administrativa o militar, lo cual no lo inhabilita para ser diputado; además de que esto último no fue demostrado como lo demanda el artículo 179 numeral 2º de la Constitución Nacional, en concordancia con el 299 *ibidem*.

De otro lado, estima que cuando el demandado presentó renuncia al cargo que ejercía en Mitú, antes del 30 de junio de 1991, no había entrado en vigencia la actual Constitución, que fue la que amplió a 12 meses el término de inhabilidad que anteriormente era de 6 meses; y que aun en el supuesto de que hubiera ejercido funciones civiles, administrativas, políticas o militares, lo fueron a nivel municipal y ello no le permite “obtener ventajas en magnitud suficiente para incluir (sic) en el electorado de toda la circunscripción electoral de un departamento”.

III. LOS ALEGATOS DE PRIMERA INSTANCIA

Dentro del término legal, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos así:

La parte demandante solicitando la nulidad del acto por hallarse debidamente probados los supuestos fácticos y jurídicos de la demanda.

Y la parte demandada pidiendo una resolución adversa a las pretensiones de la demanda, por no estar probado que el demandado ejercía cargo con autoridad política, civil, administrativo o militar; y porque, además, renunció nueve meses antes de las elecciones para diputado, cuando aún no estaba vigente la Constitución de 1991.

IV. EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Delegada ante el Tribunal, solicitó la nulidad de la elección, pues consideró al demandado incurso en la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Nacional, ya que supone que el cargo que ejercía era con autoridad administrativa.

SECCIONQUINTA

EL FALLO APELADO

En sentencia del 3 de noviembre del año pasado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, denegó las pretensiones de la demanda, al estimar que las inhabilidades establecidas por el artículo 179 de la Constitución Nacional para los congresistas no pueden extenderse a los diputados, dado que ellas tienen carácter restrictivo, a más de que la finalidad perseguida por el artículo 299 de la Carta Política, fue el deferir a la ley su señalamiento, limitando su régimen, en relación con los miembros de las asambleas, para que no fuera "menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda".

Así mismo consideró, que como la ley pertinente no había sido expedida para el 8 de marzo de 1992, fecha en la cual se realizaron las elecciones para asambleas ni aún ha sido dictada, sólo es dable aplicar las inhabilidades para diputados previstas en los artículos 46 y 47 del Decreto 1222/86.

En desacuerdo con la anterior decisión salvó el voto la Magistrada Beatriz Martínez Quintero, remitiéndose a lo ya expuesto por ella en el proyecto de sentencia número 2400, actor Servando Sánchez Cardozo, no aprobado por la Sala, y en el cual se muestra partidaria de aplicar a los diputados la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Nacional, pues consideró que esta norma con su concordante constitucional 299, modificaron el artículo 46 del Decreto 1222/86, ampliando de 6 a 12 meses el término de inhabilidad para ser diputado de quienes se hubieran desempeñado como empleados públicos con jurisdicción o autoridad política civil, administrativa o militar.

EL RECURSO DE APELACION

Para sustentar el recurso de alzada, la apoderada del demandante reitera una vez más los planteamientos que sirvieron de base a la demanda, e insiste en que los parámetros de apreciación de las inhabilidades de los diputados, exista o no desarrollo legal para determinarlos, no puede ser menos riguroso de los establecidos para los congresistas, pues de no ser así se produciría un vacío legal que daría lugar a que cualquier persona "que tenga o no cualquier tipo de limitante legal o constitucional, podrá acceder al cargo de diputado a la Asamblea Departamental".

Dentro del término concedido en esta segunda instancia para alegar, la apoderada del demandado, repitiendo los mismos argumentos que sirvieron de base a la contestación de la demanda, solicita la confirmación de la sentencia.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Octava Delegada, en su vista de fondo, pide se confirme el fallo recurrido, por considerar que, con excepción de la causal 8ª del artículo 179 de la Constitución Nacional las demás allí señaladas, son de aplicación exclusiva para los congresistas, y que hasta tanto la ley no fije el régimen de incompatibilidad de los diputados, sólo regirán para ellos las indicadas en el artículo 46 del Decreto 1222/86.

CONSIDERACIONES

Comparte la Sala el criterio expuesto por el *a quo* en su sentencia del 3 de noviembre de 1992, pero con la observación que acertadamente anota la Colaboradora Fiscal, en el sentido de que las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 179 de la Constitución Nacional, excepción hecha de la señalada en el numeral 8º, no son aplicables a los candidatos a ser miembros de las asambleas departamentales, pues la naturaleza personal y restrictiva que las caracteriza hace imposible que se le de un tratamiento analógico y extensivo.

En cuanto a la inhabilidad prevista en el numeral 8º, es manifiesto que el Constituyente quiso darle un alcance restrictivo superior al emplear el pronombre indefinido “nadie”, cuyo significado, según el diccionario es “ninguna persona”, con lo cual la hizo aplicable a todas las personas que en los diferentes niveles territoriales del Estado, aspiren a ser elegidos en los cargos y corporaciones de elección popular, cuando quiera que sus “respectivos períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente”.

Si bien su antitécnica ubicación en el contexto de la Carta le da apariencia de sólo referirse a los congresistas, su alcance es aún mayor y así lo ha venido entendiendo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando en concepto del 23 de enero de 1992 señaló que:

“2. Una vez elegidos los congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes están inhabilitados para aspirar a otro cargo o corporación, mientras ejerzan efectivamente el cargo porque la Constitución prohíbe que una misma persona desempeñe dos cargos en forma concurrente; sin embargo, si renuncian a la correspondiente investidura y no existe ninguna otra inhabilidad (como el caso planteado de los congresistas), pueden aspirar a la nueva elección. Mientras no exista la ley que desarrolle el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, de conformidad con el artículo 299, la renuncia debe ocurrir antes de la inscripción de la correspondiente candidatura.

SECCION QUINTA

3. La coincidencia de los períodos, a que se refiere el artículo 179, numeral 8º, de la Constitución hace relación a dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo, que tienen que ver, el primero con los cargos y el segundo con las personas, es decir, que la nueva Constitución prohíbe que una misma persona ocupe varios cargos al tiempo, así el período de un cargo termine antes que el período de otro cargo; de suerte que lo importante de la prohibición es evitar que se acumule poder y autoridad en una sola persona.”

De otro lado, la prescripción constitucional de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que la ley fija en el futuro “no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas”, no significa que deba necesariamente ser igual ni que mientras el Congreso expida la reglamentación correspondiente dicho régimen deberá ser el mismo indicado para los parlamentarios. Tal deducción no sólo quebranta el principio, por todos aceptados, de la restricción interpretativa de las inhabilidades y el carácter subjetivo de su concepción, sino que está en contradicción con el tenor literal del inciso tercero del artículo 299 de la Carta, que tan sólo pretendió señalar unas pautas esquemáticas al legislador para ser aplicadas en el momento de expedición de la ley reglamentaria. Lo anterior está corroborado con el mismo texto de la norma en cuanto en su inciso final incluyó una serie de calidades, inhabilidades y requisitos que los aspirantes a diputados deberán llenar, evitar y cumplir para poder ser elegidos, sin que para ello sea necesario remitirse a las causales contenidas en los 7 primeros numerales del artículo 179 de la Constitución Nacional.

Por razones similares a las anteriores, tampoco encuentra la Sala ajustado a derecho el criterio expuesto por la Magistrada disidente en su salvamento de voto, sobre la modificación constitucional del artículo 46 del Decreto 1222/86, en el sentido de haber extendido de 6 a 12 meses la inhabilidad para ser diputados de quienes aspiren a dicho cargo habiendo ejercido durante ese último lapso un empleo público con jurisdicción o autoridad civil, política o militar. Circunstancia ésta que, por otra parte, no se acreditó en ninguna de sus modalidades respecto del demandado.

Ahora bien, no pudiéndose extender a los candidatos a las asambleas departamentales el régimen de inhabilidades que la Constitución prevé para los congresistas en los 7 primeros numerales del artículo 179, la elección del demandado no puede ser invalidada con base en el numeral 2º de dicha norma, por no serle aplicable; y como, de otro lado, en la demanda no fue citada como causal de inhabilidad la contemplada en el artículo 46 del Decreto 1222 de

1986, que por otra parte no se estructuró, no existe razón para que por esta Sala se proceda a su examen, dado el carácter rogado de la acción electoral.

“En múltiples oportunidades esta Corporación ha expresado que el proceso contencioso administrativo no ejerce control general de legalidad, sino que se trata de justicia rogada. -De allí que el juez administrativo está obligado a analizar únicamente las disposiciones y los motivos de violación expuestos en la demanda-.” (Consejero Ponente Dr. Amado Gutiérrez Velásquez, exp. 0881, febrero 25 de 1993).

En mérito de lo expresado, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1ª. Confírmase la sentencia apelada.

2ª. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades

No estando acreditado que el demandado era funcionario público, mal puede afirmarse que en calidad de tal haya ejercido autoridad política o civil cuando se desempeñó como miembro de la junta directiva en un establecimiento público, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección de alcalde municipal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 15 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.. Expediente número 0896.

Actor: Francisco Jiménez Peña.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en nombre propio, el ciudadano Francisco Jiménez Peña solicitó la nulidad del Acta parcial de escrutinio (formulario E-28) de fecha 10 de marzo de 1992, por medio de la cual se declaró elegido a Ariel Benavides Martínez como Alcalde del municipio de Villeta, Cundinamarca para el período 1992-1994. Como consecuencia pidió la cancelación de la respectiva credencial.

2. Señala el actor que el señor Benavides Martínez era inelegible porque se hallaba incurso en las inhabilidades consagradas en el artículo 179 numeral 8º de la Constitución y en el artículo 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el parágrafo segundo del artículo 18 de la Ley 49 de 1987, en razón a que no había renunciado o no se le había aceptado la renuncia como Concejal del mismo municipio de Villeta para la fecha de las elecciones; y porque ejerció autoridad política y civil en la citada localidad dentro de los seis

meses anteriores a la elección como integrante de las Juntas de la Empresa del Acueducto y de Hacienda de Villeta.

3 El demandante estimó infringidas las normas que acaban de citarse porque la Constitución prohíbe que una misma persona desempeñe dos cargos en forma concurrente. Adujo que la coincidencia de los períodos a que se refiere el artículo 179, numeral 8º de 1ª Carta tiene dos aspectos: uno objetivo que tiene que ver con los cargos y otro subjetivo en relación con las personas, señalando que la prohibición es que una persona ocupe varios cargos al mismo tiempo, "... así el período de un cargo termine antes que el período del otro cargo...", pues lo importante es evitar que se acumule poder y autoridad en un individuo.

Y respecto a las funciones del demandado, señaló que, como integrante de las juntas mencionadas es claro que conlleva ejercicio de autoridad política, civil, entendida ésta como la potestad de mando, la atribución de contribuir a la expedición de actos que deben ser obedecidos por los gobernados.

4 Por medio de apoderado el señor Ariel Benavides Martínez en escrito visible de folios 38 a 41 se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando básicamente lo siguiente:

Que presentó renuncia del cargo de Concejal de Villeta el 29 de enero de 1992, antes de vencerse el término de las inscripciones de candidatura para la Alcaldía de Villeta. Que no obstante lo anterior, el alcalde municipal reconoció contradictor político suyo, no dio cumplimiento al artículo 15 de la Ley 72 de 1926 de aceptar su renuncia de Concejal y decidió "... dar largas al asunto, con el propósito de inhabilitarlo y de esta manera burlar la voluntad mayoritaria de la comunidad. Esta conducta del burgomaestre se comportó como un hecho imprevisible e invencible, con relación al renunciante" (fl. 38).

Además, según el párrafo primero inciso 1º del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, no se encuentran inhabilitadas las personas que en la fecha de elección de alcaldes tengan la investidura de concejales y quien la ostente la perderá automáticamente a partir de la fecha de la elección como alcalde, norma ésta que se halla vigente por no ser contraria a la Constitución Nacional y adecuarse al artículo 179 numeral 8º de la Carta.

Que no es cierto que hubiera ejercido autoridad civil y política en su condición de miembro de las Juntas de Hacienda y de Acueducto de Villeta, dentro de los seis meses anteriores a la elección, pues ninguna de las funciones que cumplió como tal implican poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados de la sociedad.

SECCION QUINTA

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera falló denegando las pretensiones de la demanda. Luego de algunas consideraciones de carácter jurídico en torno a la democracia participativa que contempla la nueva Constitución, se refirió el *a quo* al asunto debatido encontrando respecto al primer cargo que el artículo 179 numeral de la Constitución no es aplicable a los alcaldes sino a los congresistas y por consiguiente el acto acusado no violó el precepto citado.

Adujo que el Constituyente erigió algunas inhabilidades y otras las definió al Legislador. En cuanto a las inhabilidades de los alcaldes no fueron establecidas en la Carta, pero su artículo 293 preceptuó que, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, etc., de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. Que al entrar en vigencia la Constitución siguió rigiendo la Ley 7ª de 1986 con sus modificaciones, la cual no es contraria ni incompatible con la letra y espíritu de la Carta. Que los hechos que impidan al escogido democráticamente para ocupar de manera legítima el cargo deben obedecer a una regulación normativa relacionada con el sujeto, de ahí que no pueda hacerse extensiva a quienes no están cobijados expresamente por la causal. "... De no ser así, su aplicación extensiva contraría los métodos modernos de la interpretación científica de la Constitución de la cual están proscritos los sistemas de interpretación analógica o por vía analógica, propios de la interpretación común de las leyes, acarreando graves consecuencias a la democracia participativa, excluyendo de los cargos a quienes por voluntad popular resulten elegidos conforme a la Constitución y a las leyes" (fl. 172).

Y respecto al segundo cargo, consistente en que el demandante ostentaba la calidad de funcionario con autoridad política y civil, señala el *a quo* que tal aseveración carece de sustento jurídico porque según el artículo 312 de la nueva Constitución, los concejales no son empleados públicos. Advierte que no son elegidos ni nombrados por el Estado, que "... su calidad o condición jurídico-política especial no está comprendida en la de funcionario o empleado público. Su estatus es ese. Político por su origen, dado que su escogencia obedece a la voluntad política del pueblo y jurídico por un doble aspecto; por un lado el ordenamiento jurídico establece las formalidades de orden constitucional (por ejemplo la exigencia de la calidad de ciudadano para ser elegido, artículo 98 y 99) y legal (lo relacionado con las inscripciones, tarjetones, etc) para ser válidamente elegido, y por el otro, las facultades inherentes a la

investidura de concejales que le permiten actuar como representante de la comunidad local. Si el individuo se despoja de esta investidura pierde también su status político-jurídico” (fl. 178).

La honorable Magistrada Beatriz Martínez Quintero salvó su voto pues considera que se halla demostrado que el señor Ariel Benavides Martínez perteneció a la Junta Municipal del Acueducto, por lo que procede la declaratoria de nulidad de la elección, ya que “... no habiendo distinguido el legislador entre funcionario debidamente posesionado en un cargo de nómina o cualquier funcionario, ha debido darse a la noción que ocupó la atención de la Sala, la interpretación más a fin con aquellos principios del Código Electoral, plenamente vigentes y acordes con la voluntad del Constituyente de 1991 y no la adoptada, que en el parecer de la suscrita es esencialmente formal” (fl. 189).

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 179 numeral 8º de la Constitución, consideró la Magistrada en su salvamento de voto, que la sola expresión “nadie” que trae la norma citada, es lo suficientemente perentoria y se aplica a todos los aspirantes a cargos de elección popular.

Exponiendo este mismo criterio, en relación con el artículo 179 numeral 8º de la Constitución, aclararon su voto los honorables Magistrados doctores Olga Inés Navarrete y Darío Quiñones Pinilla.

EL RECURSO DE APELACION

El demandante interpuso la alzada contra la sentencia del *a quo* manifestando su desacuerdo en cuanto a las razones aducidas respecto al artículo 179 numeral 8º de la Carta, pues considera que es aplicable para todas las corporaciones y cargos de elección.

Sostuvo también, que el alcalde elegido del municipio de Villeta no se separó legalmente de su condición de Concejal “... porque la renuncia no fue decidida por el funcionario competente quien es el alcalde municipal, como lo dispone el artículo 86 del Código de Régimen Municipal, de donde se infiere que para la época de elección para el cargo de Alcalde del señor Ariel Hernando Benavides Martínez aún era concejal del mismo Municipio...” (fls. 207 y 208).

En cuanto al segundo cargo relacionado con el ejercicio de autoridad política, señala que no hay duda de que ser miembro de la Junta de Hacienda o del Acueducto es una inhabilidad consagrada en el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, modificado por el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1987. Y como está demostrado que en el período que señala la ley ejerció dichas

SECCION QUINTA

funciones, es razón de más para declarar la nulidad impetrada. Por todo ello solicita que se revoque la sentencia apelada.

También intervino en esta oportunidad el apoderado del demandado para sostener que en Benavides Martínez no concurrieron las calidades de Concejal y Alcalde, puesto que renunció antes de inscribirse como candidato a la Alcaldía de Villeta y, por ende, no hubo violación del artículo 179 numeral 8º de la Constitución. Ni ejerció, dentro de los seis meses anteriores a su elección como Alcalde, ninguna actividad en calidad de funcionario público, no estando inhabilitado de conformidad con la regla del artículo 5º literal e) de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 1º de la Ley 49 de 1987.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Séptima Delegada en lo Contencioso está de acuerdo con lo fallado por el Tribunal de instancia pues considera que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

En relación con el primer cargo, por cuanto de los documentos allegados al expediente se deduce que el señor Benavides Martínez presentó renuncia como Concejal el 29 de enero de 1992 y por tanto, para el día de su inscripción y posterior elección como Alcalde de Villeta no concurría en él la simultaneidad de ser Concejal y Alcalde.

Y en cuanto al segundo cargo, porque el solo hecho de haber sido miembro de la Junta Municipal del Acueducto de Villeta no le da la calidad de empleado público de acuerdo con los Decretos 3130 de 1968, 2400 de 1968 y 1222 de 1986.

CONSIDERACIONES

No observando la Sala causal alguna de nulidad que pueda invalidar la actuación procesal, pasa a examinar los cargos como fueron formulados en la demanda.

Primer cargo:

Esta Sección Quinta aunque no comparte la interpretación que el Tribunal hace en la sentencia impugnada sobre la inaplicabilidad del artículo 179, numeral 8º a los alcaldes, considera que su decisión en cuanto negó las pretensiones de la demanda basada en la renuncia oportuna del demandado, presentada ante el alcalde de entonces, antes del vencimiento del término de inscripción y de las elecciones del 8 de marzo de 1992, consulta altos intereses de equidad y justicia y es congruente con los postulados jurídicos que emanan y rigen el sistema electoral colombiano y los principios básicos que regulan la

participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Desde luego que la Constitución Nacional no estableció expresamente las causales de inhabilidad para los alcaldes y el artículo 293 de la misma defirió a la ley, sin perjuicio de lo establecido, la determinación de las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, faltas absolutas o temporales, etc. de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones en las entidades territoriales. Y que mientras se expiden las disposiciones que regulen tales aspectos, debe regir para los alcaldes las normas existentes sobre las materia que no sean contrarias a la letra y al espíritu de la Constitución.

Pero está en desacuerdo la Sala con las razones aducidas por el *a quo* en torno a la inaplicabilidad del artículo 179 numeral 8º de la Constitución respecto a los alcaldes, pues como lo ha manifestado en anteriores oportunidades, aunque el precepto en comento aparece ubicado en el capítulo pertinente a los congresistas, no es de exclusiva aplicación a estos servidores públicos sino que se extiende a todos aquellos que pretendan ser elegidos en los cargos de gobernadores, diputados, concejales y alcaldes. De tal manera que, en principio, cabría su aplicación en el caso *sub examine*.

El artículo 179 de la Carta dispone que:

“8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.”

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en proveído del 23 de enero de 1992 ha manifestado su criterio al respecto en el sentido de que “... una vez elegidos los congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes, están inhabilitados para aspirar a otro cargo o corporación, mientras ejerzan efectivamente el cargo porque la Constitución prohíbe que una misma persona desempeñe dos cargos en forma concurrente”.

Corresponde, entonces, establecer si con el acto de elección del señor Ariel Benavides Martínez como Alcalde municipal de Villeta, se quebrantó el artículo 179 numeral 8º de la Carta, conforme se afirma en la demanda.

En el expediente está plenamente establecido:

1º. Que el demandado fue elegido Concejal Principal en el municipio de Villeta para el período 1990-1992 y se le entregó su credencial, según lo

SECCION QUINTA

informa el señor Registrador del Estado Civil en oficio número 070 de junio 17 de 1992 (fl. 106).

2º. Que tomó posesión del cargo de Concejal el 1º de agosto de 1990 (fl. 105).

3º Que según documentos certificados por el Secretario de la Alcaldía de Villeta, presentó renuncia como Concejal ante el alcalde en ejercicio en ese entonces, la cual se tramitó y aceptó en la forma como aparece detallado en los siguientes oficios:

“a) oficio sin número del 29 de enero de 1992 por medio del cual el señor Ariel Benavides Martínez, presenta renuncia de su cargo de Concejal municipal para el cual había sido elegido durante el período 1990-1992 con anotación auténtica de recepción del mismo en la fecha indicada;

b) Copia del oficio número 035 de enero 31 de 1992 emanado de este espacio por medio del cual el Alcalde Alvaro Zambrano Enciso da traslado al Presidente del Concejo Municipal del oficio de renuncia de Benavides Martínez;

c) Original del oficio número 04 de febrero 7 de 1992 por medio del cual el Presidente del Cabildo Municipal, Orlando Tinoco Lorenzo informa que fue aceptada la renuncia de Benavides Martínez y se ordenó citar a su suplente.”

4º Que igualmente aparecen en el expediente fotocopias, debidamente autenticadas, de lo siguiente:

a) De la renuncia del cargo de Concejal presentada por el demandado ante el Alcalde municipal de Villeta con fecha 29 de enero de 1992, en la cual manifiesta que aspira a la Alcaldía de esa localidad para el período constitucional 1992-1994, “... y de esta manera dar cumplimiento a lo preceptuado por las normas legales” (fl. 139);

b) Del oficio número 035 de enero 31 de 1992 dirigido por el Alcalde municipal de Villeta al Presidente del Concejo de esa localidad con el cual le remite la renuncia suscrita por Benavides Martínez y le manifiesta que “...hago esto para fines de su aceptación o rechazo por parte de su corporación, quien es la mayor (sic) indicada para tomar una determinación al respecto” (fl. 141);

c) Del oficio número 04 de febrero 7 de 1992, con copia al señor Benavides Martínez, mediante el cual el Presidente del Concejo Municipal de

Villeta le manifiesta al Alcalde de esa localidad que, “De acuerdo con su oficio número 035 de enero 31 de 1992, donde comunica la renuncia del Concejal Ariel Hernando Benavides Martínez, la cual fue presentada a su despacho, esta presidencia la acepta y ordena citar al suplente”. (fl.142).

El apelante sostiene que aceptar como válida la decisión del Presidente del Concejo Municipal de Villeta para dar por aceptada la solicitud de renuncia “... es desconocer las atribuciones de la Corporación. También es ignorar las competencias de las autoridades municipales señaladas en la ley”.

Es claro que el artículo 85 del Decreto 1333 de 1986 previene que las renunciaciones de los Concejales deben ser presentadas ante el alcalde, lo cual ocurrió así en el *sub lite*, puesto que el demandado presentó su renuncia ante el Alcalde de la municipalidad de Villeta (fl. 139).

La Sala estima que la irregularidad consistente en que el Alcalde no decidió directamente sobre la renuncia, que conlleva y desemboca lógicamente en su culpa o negligencia, no acarrea, en el presente caso, la nulidad del acto de elección.

En efecto, está suficientemente demostrado que la renuncia presentada por Benavides Martínez ante el Alcalde local, remitida por este funcionario al Concejo Municipal para fines de su aceptación o rechazo, fue contestada afirmativamente mediante oficio número 04 de febrero 7 de 1992, con copia al demandado, por el presidente de la mencionada corporación quien ordenó citar al suplente.

En estas condiciones, es obvio que se produjo una desvinculación de hecho del señor Benavides Martínez como miembro principal de la Corporación Edilicia de Villeta desde el momento en que el presidente de la misma, en ejercicio de la facultad del artículo 73 del Decreto 1333 de 1986, ordenó citar al suplente, lo que era jurídicamente viable frente a faltas absolutas o temporales de los principales, desvinculación que había sido patentada previamente con la aceptación de la renuncia presentada con anticipación a su inscripción y elección como alcalde y con expresa manifestación de su objetivo: “dar cumplimiento a lo preceptuado por las normas legales”.

Frente a tales situaciones de hecho, la Sala no puede menos de escapar al acartonado rigorismo exegético que plantea el demandante, para encuadrar su decisión en consonancia con los artículos 228, 230, 258 y 260 de la Constitución Nacional y en desarrollo de los principios electorales de imparcialidad y de eficacia del voto, contenidos en los artículos 1º, numerales 1º y 3º del Decreto 2241 de 1986.

SECCION QUINTA

En cuanto al primero, (art. 228 C. N.), establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal, el segundo (art. 230 C. N.), acoge como criterio auxiliar de la justicia la equidad, el tercero (art. 258 C. N.), consagra el voto como un derecho ciudadano cuyo ejercicio debe hacer respetar el Estado; el cuarto (art. 260 C. N.), que garantiza la elección de los alcaldes y otros funcionarios por elección directa del pueblo; el quinto (art. 1º numeral 1º Dec. 2241/86) asegura, dentro del sistema electoral colombiano el cumplimiento de los principios de imparcialidad que impiden derivar ventajas, bien por el abuso del derecho o bien por el empleo de procedimientos omisivos o dilatorios que impidan u obstruyan la efectiva manifestación de la voluntad popular, o pretendan desconocerla cuando ella se ha expresado; el sexto (art. 1º numeral 2º Dec. 2241/86), que autoriza dar a las normas electorales cuando sean susceptibles de variada interpretación, aquella que otorgue validez al voto que represente la expresión libre de la voluntad del elector.

Para la Sala es evidente, conforme a la prueba recaudada que el candidato a la Alcaldía de Villeta, con bastante anticipación a su inscripción y elección, presentó renuncia ante quien la ley señalaba como competente para recepcionarla y si éste no procedió a aceptarla, como era su deber según el artículo 15 de la Ley 72/26, sino que utilizó un procedimiento dilatorio y embozado para eludir su obligación enviando la renuncia a la Presidencia del Concejo, la que procedió a aceptarla y llamó a su suplente para reemplazarlo, es obvio que se produjo con este acto una desvinculación de hecho del demandado de la función que ejercía como concejal, para ser traspasada a su suplente, quien al parecer entró a ejercerla: y esta protuberante circunstancia lo separó de su actividad edilicia impidiéndole, de consiguiente, que incurriera en la inhabilidad establecida en el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Nacional sin que fuera necesaria la formalidad legal que tanto hecha de menos el apelante.

Sostener lo contrario es contrariar las normas constitucionales ya citadas y desconocer, por la vía del formalismo exegético, la voluntad popular libre y espontánea de los electores, voluntad que es el principio básico sobre el cual se asienta el sistema electoral colombiano. Y entronizar como instrumento creador de situaciones válidas administrativas, la manifiesta violación de un deber o de una obligación en detrimento de un derecho social y de una justa aspiración ciudadana que la propia Constitución ha consagrado como derecho fundamental en su artículo 40.

Habiendo perdido el señor Benavides Martínez su investidura de Concejal desde el 7 de febrero de 1992, para el 8 de marzo siguiente, fecha de las elecciones en las que participó como candidato a la Alcaldía de Villeta, no lo cobijaba la inhabilidad prevista en el artículo 179 numeral 8º para ser elegido en esa dignidad, dado que el período de alcalde comenzaba el 1º de junio de 1992 (art. 1º Ley 78 de 1986).

Así las cosas, no existiendo en cabeza del señor Benavides Martínez la doble y coincidente condición de Concejal y Alcalde, no se configura en el presente caso, la violación del artículo 179 numeral 8º de la Constitución, por lo que el cargo no puede prosperar.

Como quiera que el señor Alvaro Zambrano Enciso, en ejercicio de sus funciones como Alcalde de Villeta pudo incurrir en conducta omisiva o negligente, en lo relacionado con la renuncia presentada por el señor Benavides Martínez, se ordenará compulsar copias en lo pertinente con destino a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se investigue al señor Alvaro Zambrano Enciso y se determine si hay lugar también a investigación por la justicia penal ordinaria.

Segundo cargo

Consiste en que el señor Benavides Martínez, como miembro de juntas municipales, ejerció autoridad política y civil dentro de los seis meses anteriores a su elección como Alcalde de Villeta y por tanto estaba inhabilitado para ser electo conforme al artículo 5º literal e) de la ley 78 de 1986 modificado por el artículo 1º parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987.

Para probar este cargo se allegaron al proceso los siguientes documentos:

a) La certificación del presidente del Concejo Municipal de Villeta, según la cual Ariel Benavides Martínez "... perteneció a la Junta Municipal del Acueducto durante el período comprendido entre el 15 de septiembre de 1990 al 7 de diciembre de 1991..." (fls. 8 y 9);

b) La renuncia presentada por el demandado como miembro de las juntas municipales, fechada el 29 de enero de 1992 (fl. 43);

c) Fotocopias debidamente autenticadas de las actas correspondientes a las reuniones de la Junta Directiva del Instituto Municipal de Acueducto y Alcantarillado de Villeta, entre ellas, la número 22 del 9 de agosto, sin especificar el año, y la número 13 de noviembre de 1990, en las cuales consta que asistió el señor Ariel Benavides Martínez;

SECCION QUINTA

d) El Acuerdo número 028 de 1988 por medio del cual se crea el Instituto Municipal de Acueducto y Alcantarillado y se adopta su estatuto.

El ejercicio de autoridad civil que se predica del demandado está referido a su actividad como miembro de la Junta Municipal de Acueducto y Alcantarillado de Villeta, pero de esa circunstancia no se deriva la inhabilidad que contempla el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 1º parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987, por cuanto dicha inhabilidad se configura si se dan dos presupuestos: ser funcionario público y, como tal, ejercer autoridad, los que no se cumplen en el *sub lite*.

En efecto, los miembros de las juntas directivas de los establecimientos públicos -el Instituto Municipal de Acueducto y Alcantarillado es uno de ellos (art. 1º Acuerdo 028 de 1988, fl. 109)- aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por este hecho la calidad de empleados públicos, según lo establece el artículo 1º del Decreto 3130 de 1968.

De otra parte, el artículo 312 de 1ª Constitución Política, que entró en vigencia el 7 de julio de 1991, claramente expresa que “Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”.

En consecuencia, no estando acreditado que el señor Benavides Martínez era funcionario público, mal puede afirmarse que en calidad de tal haya ejercido autoridad política o civil cuando se desempeñó como miembro de junta directiva en un establecimiento público, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección de Alcalde municipal de Villeta el 8 de marzo de 1992.

Por tanto, el cargo no prospera.

Con las explicaciones que se han hecho, se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA

1. Confírmase la sentencia proferida el 22 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, que denegó las pretensiones de la demanda.

2. Compúlsense las copias pertinentes del expediente con destino a la Procuraduría General de la Nación a fin de que investigue la actuación presuntamente omisiva o negligente del señor Alvaro Zambrano Enciso en su condición de Alcalde de Villeta, Cundinamarca, en relación con la renuncia al cargo de Concejal presentada por el señor Ariel Benavides Martínez, y determine si hay lugar a investigación por la justicia penal ordinaria.

En firme esta sentencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

DERECHOS FUNDAMENTALES / ACCION DE TUTELA - Titularidad / PERSONA JURIDICA

La acción de tutela protege derechos fundamentales y éstos sólo pueden predicarse de los seres humanos. En el presente caso la acción de tutela es incoada por una persona jurídica, por medio de su representante legal.

TUTELA CONTRA SENTENCIA - Improcedencia

En el fallo de octubre 1º de 1992, la Corte Constitucional, declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, norma que consagraba la acción de tutela contra las providencias judiciales, por lo cual, hoy en día es claro que dicha acción señalada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, no procede contra dichas actuaciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0008.

Acción de tutela.

Actor: Eduardo Bayona y Cía. S. C. A. (ahora Ebad Ltda. y Cía. S. C. A.).

Procede esta Sección a resolver lo pertinente sobre la Acción de Tutela interpuesta por la sociedad Ebad Limitada y Cía. S. C. A. (antes Eduardo Bayona y Cía. S. C. A.) mediante apoderado, contra la sentencia de octubre 30 de 1992 dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación al decidir la apelación interpuesta contra el fallo de 20 de mayo de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, dentro de juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado contra los actos administrativos contentivos de la operación administrativa de determinación del impuesto de renta a su cargo por el año gravable de 1985.

El derecho fundamental que estima violado el peticionario es el del debido proceso y el derecho de defensa de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, por omisión de los magistrados de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES

“1. La sociedad Ebad Limitada y Cía. S. C. A. (antes Eduardo Bayona y Cía. S. C. A.) presentó su declaración del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1985 el día 5 de mayo de 1986 determinando impuestos a su cargo por el sistema ordinario de depuración de rentas, la suma de \$851.375.00.

2. El 5 de mayo de 1988 la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó liquidación de corrección a la sociedad de Ebad Limitada y Cía. S. C. A. (antes Eduardo Bayona y Cía. S. C. A.), determinando a su cargo un mayor valor por impuesto sobre la renta de \$991.588.00, reliquidando el anticipo en \$170.824.00, e imponiéndole una sanción por corrección en cuantía de \$348.723.00, utilizando para ellos el mecanismo de determinación de la renta por el sistema de renta presuntiva establecido en el artículo 6º del Decreto 353 de 1984.

3. La sociedad Ebad Limitada y Cía. S. C. A. (antes Eduardo Bayona y Cía. S. C. A.) interpuso en tiempo recurso de reconsideración en contra de dicha liquidación, el cual fue fallado mediante Resolución 00297 de junio 1º de 1989, que confirmó íntegramente la liquidación recurrida, agotándose así la vía gubernativa.

4. Posteriormente la sociedad Ebad Limitada y Cía. S. C. A. (antes Eduardo Bayona y Cía. S. C. A.) instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca contra los actos administrativos contentivos de la operación administrativo del impuesto de renta a su cargo por el año gravable de 1985, cumpliendo para ello con todos y cada uno de los requisitos señalados en la ley.

5. Mediante sentencia de 20 de mayo de 1992, la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia del Magistrado Manuel Bernal Arévalo, se decretó la anulación de la liquidación de corrección aritmética de 5 de mayo de 1988 efectuada por la Administración de Impuestos Nacionales por haber encontrado el Tribunal que dicha liquidación se efectuó violando la ley, y como consecuencia de ello, quedó en firme la liquidación privada presentada por la sociedad Ebad

SECCION QUINTA

Limitada y Cía. S.C.A (antes Eduardo Bayona y Cía S.C.A.) por el año gravable de 1985, acogiendo para ello una sola de las razones invocadas en la demanda, absteniéndose de estudiar las demás.

6. En contra de dicha sentencia y durante el término de su ejecutoria la Unidad Administrativa Especial de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso Recurso de Apelación ante el Consejo de Estado.

7. En virtud del Recurso de Apelación interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Impuestos Nacionales el expediente en cuestión fue remitido por competencia a la Sección Cuarta del Consejo de Estado para el trámite de la apelación durante la segunda instancia.

8. El Recurso de Apelación fue admitido por la Magistrada Ponente Consuelo Sarria Olcos, habiéndose corrido traslado a las partes para sustentar y replicar el recurso y al Ministerio Público para que emitiera su concepto de fondo de acuerdo con la ley.

9. Mediante sentencia de octubre 30 de 1992 la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ponencia de la magistrada Consuelo Sarria Olcos, desató la segunda instancia revocando la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y dejando las súplicas de la demanda, poniendo así fin a la correspondiente instancia judicial, por cuanto contra dicha decisión no procede recurso alguno, toda vez que el Recurso Extraordinario de Súplica fué (sic) declarado improcedente a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, como lo ha venido reconociendo el propio Consejo de Estado en diversos fallos.”

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver la Acción de Tutela propuesta por el representante legal de la sociedad Ebad Limitada y Cía Ltda. S. C. A. (antes Eduardo Bayona y Cía. S. C. A.), quien invoca como fundamento de sus peticiones el artículo 29 de la Constitución Nacional y el Decreto 2351/91.

1. La Sala Plena de esta Corporación ya se ha pronunciado en oportunidades anteriores, respecto a que la acción de tutela protege derechos fundamentales y éstos sólo pueden predicarse de los seres humanos; en el presente caso la acción de tutela es incoada por la Sociedad Ebad Limitada y Cía. S. C. A., por medio de su representante legal; al respecto en fallo de fecha mayo 19 de 1992, expediente AC-119. Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Actor. Sintracarbocol, se señaló:

“El artículo 86 de la Constitución Nacional establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar por sí o por quien actúe en su nombre la protección inmediata de sus derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

La protección, continúa la disposición constitucional, consistirá en una orden para que el funcionario respecto del cual se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Procede según la norma en cita cuando el afectado no tenga otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Lo primero que observa la Sala es que la acción de tutela fue interpuesta mediante apoderado por el representante legal de la sociedad transportadora de Los Andes S.A., Sotrandes, con invocación de los artículos 29 y 48 de la Constitución Nacional.

(...)

Ahora bien, aceptando el hecho de que los derechos fundamentales son aquellos que se predicán de la persona humana en cuanto tal, es preciso analizar si podría admitirse la existencia de tales derechos radicados en sujetos diferentes, como podrían ser las personas colectivas o morales.

(...)

Los sujetos derivados, de creación por el ordenamiento jurídico correspondiente, sólo pueden ser titulares de derechos derivados, atribuidos por ese mismo orden jurídico y, por supuesto, modificables y extinguidos por las respectivas instancias jurídico-políticas.

Los derechos fundamentales de los hombres son, en cambio, anteriores al Estado y no una creación o emanación de éste. Son, por cierto, la razón del ser del Estado, al punto de que no puede perderse de vista que la mayoría de las teorías elaboradas para explicar su origen, entre ellas la rousiana, estiman que el Estado se crea por los hombres para la protección de sus derechos naturales amenazados por el egoísmo en que éstos han caído después de salir del estado natural, o que ya traían también por naturaleza, de acuerdo con la concepción hobbesiana, desde su nacimiento.

En esta misma dirección es bueno recordar lo expresado por el ilustre profesor de la Introducción al Derecho, Eduardo García Mayuez en el

SECCION QUINTA

sentido de que: 'por regla general, los que piensan que el hombre como tal, es sujeto de obligaciones y facultades, defienden la tesis de Windscheid sobre el derecho subjetivo. Si la esencia de éste es el poder volitivo humano, el sujeto de tal voluntad será, necesariamente, sujeto de derecho. Es claro que la ley puede establecerse excepciones a tal principio, como ocurre, verbigracia, en el caso de las personas colectivas; pero la existencia de tales personas no es, según los mismos autores, natural y necesaria, sino artificial. De este modo llegar a la teoría de la ficción....'"

Las consideraciones precedentes justifican la primera razón para hacer improcedente la tutela invocada.

2. En el fallo de octubre 1º de 1992, la Corte Constitucional, declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, norma que consagraba la acción de tutela contra las providencias judiciales, por lo cual, hoy en día es claro que dicha acción señalada en el artículo 86 de la C. N., no procede contra dichas actuaciones.

De todo lo expuesto se deduce, que la Acción de Tutela ejercitada no es procedente.

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

RESUELVE

Abstenerse de dar trámite a la Acción de Tutela propuesta contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de octubre 30 de 1992.

Notifíquese esta decisión al interesado y devuélvase el expediente sin necesidad de desglose.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Nota de relatoría: En igual sentido se reitera el fallo de 19 de mayo de 1992. expediente AC-119. ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Actor: Sintracarbocol.

CORTE CONSTITUCIONAL/MAGISTRADOS - Elección / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

Refiriéndose la solicitud de manera general al acto de elección a pesar de que éste es individual, para establecer si esas situaciones fácticas concurren en cada uno de los magistrados e igualmente, están comprendidas en las normas que se consideran transgredidas, es menester penetrar en el campo del análisis ponderado, de la reflexión jurídica. Y si a este punto ha de llegarse como ocurre en el caso que se estudia, no es el auto admisorio de la demanda, sino la providencia que resuelva en el fondo las pretensiones de la misma, el acto procesal adecuado para esas elucubraciones jurídicas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Ref.: Expediente número 0957.

Electoral Unica Instancia.

Actores: Ferney Celis López y otros.

En ejercicio de la acción pública electoral los ciudadanos Ferney Celis López, Ciro Hernán Castro Rodríguez y Omar Hernán Benavides Calderón, obrando en sus propios nombres demandan ante esta Corporación, el acto de elección de los magistrados que integran la Corte Constitucional, doctores: Eduardo Cifuentes Muñoz, Hernando Herrera, Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell, realizado por el Senado de la República en la sesión ordinaria del 1º de diciembre de 1992, para el período de ocho (8) años que se inicia el primero (1) de marzo de 1993.

SECCION QUINTA

Subsidiariamente, solicitan la nulidad del acto de la elección de los magistrados: Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, de la terna presentada por la Presidencia de la República, y Fabio Morón Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, de la terna presentada por la honorable Corte Suprema de Justicia.

La demanda fue presentada dentro del término de caducidad previsto en el artículo 7º de la ley 14 de 1988 y reúne los demás requisitos de forma para su admisión, por tanto así habrá de procederse.

Suspensión Provisional

En el mismo texto de la demanda se solicita la suspensión provisional de los efectos del acto de elección impugnado, presentando la parte actora en apoyo de su petición, los siguientes fundamentos:

“El quebramiento de la Constitución y de la ley, es manifiesta, y la trasgresión se deduce de comparar el texto constitucional (art. 239) con la norma transitoria (art. 22) con los documentos públicos que se allegan a esta demanda y que contienen las actas de elección en donde aparecen las diferentes ternas, los nombres de los integrantes, hasta la biografía de la hoja de vida de los mismos...”

La violación de los preceptos constitucionales que se atribuye al acto impugnado es, según los demandantes, tan evidente, manifiesta y clara, que no se requiere ningún esfuerzo para establecerla.

La primera elección de la Corte Constitucional, fue realizada por funcionarios y corporaciones distintos del Congreso, que cumplieron así con esa competencia eligiendo personas que actualmente ejercen las funciones propias de sus cargos. Y aunque el período es menor del que se establece para las ulteriores elecciones, ello no les hace perder la calidad de magistrados, “y como tales no pueden ser reelegidos”. Agregan, que el acto acusado no cobija sólo a los magistrados inhabilitados o a los reelegidos, sino a todos los elegidos porque estando aquellos imposibilitados para el nuevo período, al incluirseles en las ternas, éstas quedaron viciadas dada su integración con personas en quienes concurren causales de nulidad. “Y si eso no implica que sus nombres no deben, ni debieron considerarse en la elección efectuada por el Senado, se impone la conclusión cierta e indiscutible de que no se observaron las precisas condiciones legales para proceder a la designación de Magistrados de la Corte Constitucional.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 152 del C. C. A., cuando la acción es de nulidad, para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos se deben dar dos requisitos:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en el libelo de la demanda o en memorial separado, y

b) Que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Se invocan como infringidas las disposiciones contenidas en los artículos 239 de la C. N., y 22 transitorio de la misma Carta la primera es del siguiente tenor: “La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de la designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del derecho.

Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.”

La norma transitoria, además de fijar el criterio para la integración de la Primera Corte Constitucional; las autoridades y corporaciones con facultades para la designación; el número a elegir por cada una de éstas y precisar otras disposiciones, determinó en su inciso primero, el período de un año para los siete magistrados que resultaren elegidos.

Para la Sala, si bien cumple la petición, el primer presupuesto indicado por el artículo 152 del C. C. A., en cuanto al segundo, es evidente que de la sencilla comparación de las normas constitucionales anteriormente mencionadas y el acto de elección impugnado, no se percibe *prima facie* la afirmada transgresión, por las siguientes razones:

En el supuesto de hecho alegado por los demandantes, concurren varios factores tendientes a desvirtuar la presunción de legalidad del acto, que son a saber:

1. Algunos magistrados de la actual Corte Constitucional, fueron reelegidos para el período 1993-2001.

SECCION QUINTA

2. Las ternas enviadas al Senado para la selección y elección de candidatos, al incluir magistrados de la actual Corte Constitucional, no quedaron integradas debidamente, pues de ellas forman parte personas en quienes concurren causales de inhabilidad, y

3. Si lo anterior implica que esos nombres no debieron considerarse en la elección efectuada por el Senado, "se impone la conclusión cierta e indiscutible de que no se observaron las precisas condiciones legales para proceder a la elección de magistrados de la Corte Constitucional".

Como es fácil colegir, la diversidad de hechos que sustenta la petición de suspensión provisional, no se atribuye de manera general a todos los magistrados elegidos en la sesión ordinaria del Senado de la República el 1º de diciembre de 1992, por tanto, refiriéndose la solicitud de manera general al acto de elección a pesar de que éste es individual, para establecer si esas situaciones fácticas concurren en cada uno de los magistrados e igualmente, están comprendidas en las normas que se consideran transgredidas, es menester penetrar en el campo del análisis ponderado, de la reflexión jurídica. Y si a este punto ha de llegarse como ocurre en el caso de que se estudia, no es el auto admisorio de la demanda, sino la providencia que resuelva en el fondo las pretensiones de la misma, el acto procesal adecuado para esas elucubraciones jurídicas.

Significa lo dicho, que al no ser manifiesta u ostensible, la infracción de los preceptos constitucionales citados (arts. 239 y 22 transitorio de la C. N.) la suspensión provisional solicitada deberá denegarse.

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

RESUELVE:

Primero. Admítase la demanda.

Segundo. Notifíquese personalmente al Ministerio Público.

Tercero. Notifíquese personalmente a cada uno de los Magistrados de la Corte Constitucional.

Cuarto. Notifíquese por edicto, el cual deberá permanecer fijado por un término de cinco (5) días.

Quinto. Fíjese en lista por el término de tres (3) días una vez cumplido el término de la notificación, con la prevención de que en este lapso se podrá contestar la demanda y se solicitarán pruebas.

Sexto. Niégase la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ESTADO CIVIL / PARENTESCO - Prueba / TESTIMONIO - Improcedencia

Si obra confesión del demandado por medio de su apoderado en relación con el parentesco, esa confesión no tiene eficacia probatoria, por carecer de uno de los requisitos que prescribe el artículo 195 del C. de P. C., o sea el señalado en el numeral 4º: "que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba". Es sabido que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la Ley 92 de 1938, se prueban con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos, tal como lo indica el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970; por tanto, si se pretende acreditar grados de parentesco, es necesario que se alleguen al proceso los documentos que conforme a la ley establecen esa calidad, documentos que no fueron aportados.

DEMANDA - Requisitos / NORMAS VIOLADAS - Concepto de violación

El actor no explica el concepto de violación ni cita causal alguna de nulidad en relación con esos hechos, circunstancias que conducen como bien afirma, a su improsperidad por cuanto la falta de esos presupuestos hacen imposible cualquier análisis que pretenda hacer.

JURADO DE VOTACION - Firmas / DICTAMEN PERICIAL

En este caso, se hacía necesaria la prueba técnica pericial para establecer la ilegitimidad de las firmas y ésta no fue solicitada por el actor. De la simple comparación entre los documentos aportados, no se puede llegar a ese conocimiento como éste lo pretende, pues se requeriría de una confrontación grafológica con relación a las firmas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 18 de 1993.

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Ref.: Expediente número 0926.

Electoral Segunda Instancia.

Apelación Sentencia.

Actor: Ramón Eduardo Martínez Quevedo.

En apelación de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha llegado a esta Corporación el presente proceso.

ANTECEDENTES

La acción y sus fundamentos

En demanda oportunamente corregida, el ciudadano Ramón Eduardo Martínez Quevedo, obrando en su propio nombre, solicita la nulidad del acto administrativo por el cual, la Comisión Escrutadora Electoral el 12 de marzo de 1992, proclamó la elección del señor Hugo Cubillos Castillo, como Alcalde del municipio de Silvania, Cundinamarca, para el período 1992-1994.

Los hechos en que apoya sus pretensiones los resume la Sala así:

El señor Registrador del Estado Civil en las elecciones del 8 de marzo de 1992, cometió los siguientes actos:

- 1º. Violó el principio de imparcialidad.
2. No nombró al señor Willer Octavio Barrera como jurado de votación.
- 3º. Fueron nombrados jurados de votación, personas a quienes se les había anulado la inscripción de la cédula, por no ser residentes del municipio de Silvania.
- 4º. Dicho funcionario solamente nombró el 00.1% de los jurados que solicitó el demandante.
- 5º. Nombró así mismo en una proporción del 80% jurados de votación a personas no residentes en el expresado municipio.
- 6º. Omitió nombrar personal docente y honorable en tales cargos.

SECCIONQUINTA

7º. Ordenó sufragar en la mesa número 25, en el espacio para jurados, 9 de éstos y en la número 7 que igualmente estaba destinada a jurados a 10 personas, y

8º. Al elaborar las resoluciones 003 y 004 del 22 de febrero de 1992, por las cuales nombró jurados de votación, omitió el primer apellido de los hermanos del candidato Hugo Cubillos Castillo.

Aduce así mismo, que en algunas mesas de votación no entregaban el tarjetón para alcalde; muchos sufragantes se encontraron con la sorpresa de que ya habían votado por ellos; algunos jurados entregaron el tarjetón ya marcado con el número 4 correspondiente al candidato Hugo Cubillos Castillo; funcionarios como la alcaldesa, el tesorero, la personera y otros, no fueron imparciales en la elección de alcalde, favoreciendo al candidato mencionado; “los visitadores de mesa y testigos electorales no pudieron ejercer sus funciones de acuerdo con la ley electoral y al candidato Antonio Gómez no le fueron nombrados los jurados solicitados...”.

Las normas violadas según la demanda son: artículos 127, 316 y 110 de la Constitución Nacional, artículo 172 numeral 6º, 173 numeral 6º, 175, 179 de la Ley 28 de 1979; 112 y 113 del Decreto 2241 de 1976; artículo 17 de la Ley 62 de 1988; artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

Al explicar el concepto de violación el actor invoca la causal 6ª del artículo 223 del C. C. A., porque en las elecciones para alcalde fueron nombrados como jurados de votación, familiares en primero y segundo grado del candidato Hugo Cubillos Castillo. Al efecto, menciona como tales a Blanca Castillo de Espitia, Omar Cubillos Castillo, José Ricardo Castillo Medellín y Rafael Espitia Sánchez, quienes actuaron en diferentes mesas.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por conducto de apoderado en escrito que obra a folios 325 y siguientes, el alcalde cuyo acto de elección se cuestiona, se opuso a las peticiones e hizo alusión expresa a los hechos de la demanda, proponiendo las siguientes “excepciones de fondo”.

1ª. “Inexistencia de falsedad de las actas de escrutinio y de la causal de nulidad del numeral segundo del artículo 223 del C. C. A...” , dado que aquellas están contenidas en formularios debidamente expedidos, no tachados de falsos y que gozan de la presunción de autenticidad.

2ª. “Inexistencia de fraude en el proceso electoral.” No está respaldada con la exposición de la norma violada y el concepto de violación corresponde a suposiciones del actor.

3ª. “Inexistencia de parcialidad de funcionarios.” No se precisa cuál norma es la violada y los funcionarios de la Administración de Sylvania en sus actuaciones con relación a las elecciones del 8 de marzo de 1992, se ajustaron a la ley.

4ª. “Inexistencia de parcialidad del Registrador Municipal del Estado Civil.” Todos sus actos, anteriores, concomitantes y posteriores a las elecciones, se ciñeron a la Constitución y a la ley. Los dos hermanos del alcalde electo, ... actuaron uno como jurado el mismo día en Fusagasugá y el otro como alumno del DAS.

5ª. “Inexistencia del trasteo de votos supuestamente corregido por la Resolución 006 de febrero 8 de 1992.” “El concejo (sic) Nacional Electoral se fundamentó únicamente en lo que expresa en la parte resolutive de dicha resolución.”

LA SENTENCIA RECURRIDA

Al iniciar sus consideraciones advierte *ex a quo*, que los cargos formulados por el actor, se contraen a la violación de normas constitucionales y legales, sin relacionarlas con alguna de las causales de nulidad que rigen en materia electoral, defecto que según estima, conduce a desecharlos de plano.

No obstante, hace en síntesis el siguiente análisis de los mismos.

Del primero, precisa: que la violación al principio de imparcialidad alegada por el actor, conduciría a la nulidad en materia electoral, si el hecho estuviera consagrado en alguno de los casos del artículo 223 del C. C. A., y como el cargo se basa en irregularidades presentadas en el nombramiento de jurados de votación, la acusación en este sentido no tiene respaldo en la ley electoral, porque si bien las directivas políticas pueden presentar candidato a jurados, esa posibilidad no es imperativa. Además, los registradores distritales y municipales pueden ampliar su radio de acción a otros municipios a fin de integrar listas de jurados.

Del segundo cargo que se refiere a la violación del artículo 316 de la Constitución Nacional, por cuanto el 80% de los jurados no eran residentes en el municipio de Sylvania, Cundinamarca, y a muchos de ellos, por tal motivo, se les había anulado la inscripción de sus cédulas, estima el Tribunal que dicha norma establece una inhabilidad para participar en las votaciones del orden local, “entendida esa participación como el ejercicio del derecho al sufragio, que no atañe para nada con quienes colaboran como jurados de votación en el proceso democrático el día de elecciones...”, ni tampoco comprende a aquellas personas cuya inscripción en el registro electoral fue anulada y

SECCION QUINTA

respecto al ciudadano cedulaado en Fusagasugá del cual se afirma sufragó en la mesa número 10 con intervención de la alcaldesa, el hecho no consta en el proceso. El cargo no prosperó.

Se examina seguidamente la tercera imputación, consistente en la violación de la Ley 28 de 1979 en su artículo 175, por constreñimiento al elector, ya que muchas personas por no figurar en el registro de votantes no pudieron hacer uso de este derecho, “y además, el señor Luis Germán Prieto Guzmán, cuando votó en la mesa 10, no recibió el tarjetón para alcalde, modalidad que también se presentó en la mesa 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 y 21”. El cargo no fue estudiado en el fondo, porque no se relacionó con ninguna causal de nulidad electoral; sin embargo, se observa respecto a este punto, “que según las actas de escrutinio que obran dentro del expediente, no aparece discordancia entre el número de votos depositados para alcalde con las correspondientes a Asamblea y Concejo”.

El cuarto cargo hace alusión a la violación del artículo 173 numeral 6º de la Ley 28 de 1979. Expresa el Tribunal que esta norma ya no tiene existencia jurídica formal, pero por vía de interpretación infiere que el actor quiso citar la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A., y desde esa óptica, examina el cargo, aduciendo que “no basta con que el pariente o familiar sea nombrado como jurado, sino que debe aparecer probado que efectivamente se desempeñó como tal y participó en el escrutinio...”, lo que no ocurre con la señora Blanca Castillo de Espitia, quien, según prueba que obra a folio 321, por haber sido reemplazada, no actuó como jurado de votación. Respecto a los demás parientes del candidato-alcalde, de los que se afirma actuaron como jurados, no se allegó la prueba para acreditar esos hechos.

De la anterior consideración, se exceptúa Ricardo Castillo Medellín, “de quien obra la confesión por apoderado en la contestación de la demanda, de existir vínculo de consanguinidad en segundo grado con el entonces candidato, para el desempeño del cargo de jurado, hecho corroborado en la lista respectiva para la mesa de votación número 10”, visible a folio 199 del cuaderno principal y que da lugar a la anulación de votos “depositados en la mesa correspondiente...”, el cargo prosperó parcialmente.

En el siguiente cargo, que corresponde al quinto, se afirma la violación de los artículos 112 y 113 del Decreto 2241 de 1976 (sic) porque a primera hora -se refiere al día de las elecciones- “solamente se posesionaron jurados amigos del candidato, o sea, sus familiares y amigos y empleados de la administración”, los que llegaron posteriormente no pudieron hacerlo. Se dice

en el fallo, que el actor no explica por qué el hecho configura violación legal y tampoco cita causal alguna de nulidad electoral, circunstancias que conducen a desestimar el cargo por falta de presupuesto sustancial para su estudio.

Cargo Sexto. Violación de los artículos 110 y 127 de la Constitución Nacional. Se refiere a “una serie de afirmaciones sobre presunta parcialidad de las autoridades del municipio hacia el candidato ganador”. Por los mismos motivos expuestos en el cargo anterior, el Tribunal no encuentra posible el análisis de este cargo y por tanto lo desecha.

Finalmente, se examina el séptimo cargo consistente en que, “las actas de los jurados de votación fueron firmadas por personas que no fueron nombradas como tales”. Deduce el *a quo* que la causal invocada corresponde a la del numeral 2º del artículo 223 del C. C. A., pero que el cargo es impróspero ante la ausencia de prueba que sustente la apocrificidad o falsedad de los registros electorales; la aportación de los formularios E-15, “lista de sufragantes”, se realizó con el alegato de conclusión, es decir, de manera extemporánea, razón por la que no se tuvieron en cuenta, pero resaltando “que las resoluciones 003 y 004 de febrero 22 de 1992 por las cuales se nombraron jurados de votación, fueron modificadas por la número 05 del 8 de marzo de 1992, por la cual fueron nombrados reemplazos de jurados de votación (fls. 318 y ss. del cdno. ppal.)”.

La sentencia ordena excluir del cómputo general de votos, los depositados a favor de Hugo Cubillos Castillo en la mesa número 10 denegando las demás pretensiones de la demanda.

LA APELACION

Este recurso lo formuló en tiempo el actor, en escrito que obra a folio 599 y al sustentarlo en memorial visible a folio 608 y siguientes, hace una amplia explicación de lo que a su modo de ver, ocurrió en la justa electoral el 8 de marzo de 1992 en el municipio de Sylvania en relación con la elección de alcalde; hechos irregulares que lo motivaron a pedir la nulidad de ésta, porque desde los mismos actor preparativos y de trámite se observó una tendencia de parcialidad hacia el candidato Hugo Cubillos Castillo, por parte del registrador y otras autoridades administrativas municipales de la expresada localidad, tal como aparecen en el texto de la demanda.

Además, se refiere específicamente al análisis que de los cargos formulados hace el Tribunal en la sentencia, manifestando su desacuerdo con el mismo al considerar que no tiene en cuenta sus peticiones ni los documentos que allegó oportunamente.

SECCIONQUINTA

Solicita en el mismo escrito de sustentación, se tengan en cuenta hechos nuevos y se decreten en esta instancia las pruebas que en el memorial relaciona. Cita como fundamento de sus alegaciones y pedimentos, el salvamento de voto del doctor Carlos Betancourth Jaramillo, en sentencia de mayo 11 de 1979, expedientes 508 y 516.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E), para emitir su concepto inicialmente señala:

De las pruebas allegadas oportunamente al expediente, se infieren como ciertos los siguientes hechos:

1º. Efectivamente, en el Formulario E-28, Acta de Escrutinio de Votos para Alcalde, al (sic) candidato Cubillos Castillo Hugo, fue declarado electo del municipio de Silvania, Cundinamarca, para el período 1992-1994, por el partido liberal colombiano habiendo tomado posesión del cargo el 1º de junio de 1992 (fls. 7º y 335).

2º. El Registrador Municipal de Silvania nombró jurados de votación mediante Resolución 003 de 1992 (febrero 22), previa a las listas presentadas por los diferentes grupos o movimientos políticos (fls. 8 a 17 y 369 y ss.).

3º. Por medio de la Resolución 005 de 1992 (marzo 8) el Registrador Nacional del Estado Civil, nombró reemplazo de los jurados de votación, para este municipio, conforme se desprende del Formularios E-2 (fls. 318 y ss.).

4º. Recibidas quejas sobre la inscripción irregular y masiva de ciudadanos, e investigadas por funcionarios de la Organización Nacional Electoral dejó sin efecto la inscripción de cédulas realizada entre el 8 y el 17 de enero de 1992 (fls 219 a 235 y 282 a 285).

Seguidamente, precisa que los cargos imputados al acto de elección demandado “no tienen la dimensión jurídica que pretende el demandante, ni reviste las características de atropello como los presenta el autor del escrito de demanda”, y al analizarlas, mediante concretas consideraciones su criterio coincide con el del *a quo* al declararlos imprósperos, excepción hecha del cargo que prosperó parcialmente; decisión con la que la agencia fiscal no está, de acuerdo al estimar, “pues aunque efectivamente el jurado de votación señor Ricardo Castillo Medellín, declaró parentesco con el señor Cubillos Castillo alcalde electo, él no era el único funcionario en esa mesa, que estaba

integrada por cuatro (4) principales y cuatro (4) suplentes, de diferentes partidos políticos, sin que se presentara irregularidad alguna. Por tanto el hecho de que el señor Medellín fuese familiar del electo alcalde, no amerita... la anulación de los votos consignados a favor del señor Cubillos Castillo”, en la mesa número 10. Con esta salvedad solicita se confirme el fallo apelado.

Al no observarse causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar el proveído que en derecho corresponda, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Procede de una vez la Sala al estudio de los cargos formulados en el escrito de la demanda y su corrección, contra el acto de elección del ciudadano Hugo Cubillos Castillo, como Alcalde del municipio de Sylvania, Cundinamarca, para el período 1992-1994, habida cuenta de que los motivos por los cuales excepciona el demandado, son precisamente aquéllos objeto del estudio de fondo.

Es de observar, como preámbulo a este examen, que la consideración del *a quo* respecto a que las imputaciones del actor, se circunscriben a denunciar la violación de normas constitucionales y legales sin relacionarlas con algunas de las causales de nulidad vigentes en materia electoral, obedece a la real situación que muestra este proceso, en donde además, se observa, que los supuestos fácticos sobre cuya base se hacen esas denuncias, no encuentran respaldo en ninguna de las hipótesis nulativas consagradas en dichas causales. Aspecto que como bien, lo dice el *a quo*, conduce a que sean desestimados de plano por carecer de presupuestos sustanciales para su estudio, pero que sin embargo, no fue óbice para que se refiriera de manera concreta a cada uno de los cargos, encontrando la Sala que el análisis de éstos se ajusta a derecho, con las salvedades que más adelante se anotan.

En efecto, respecto a la violación del principio de imparcialidad, por parte del Registrador Municipal del Estado Civil en las elecciones del 8 de marzo de 1992, la imputación no tiene respaldo en disposición legal alguna que la establezca como motivo de nulidad electoral. Además, se trata de aspectos relacionados con la integración de los jurados de votación, que es una de las atribuciones que tiene dicho funcionario conforme al artículo 101 del C. E., norma dentro de la cual se considera la posibilidad de nombrar jurados de lugares próximos cuando se da la circunstancia allí prevista y a la que no se hace alusión alguna por el actor.

SECCION QUINTA

Al referirse al artículo 316 de la Constitución Nacional, que se considera violado, porque al integrarse los jurados se incluyeron personas no residentes en Sylvania, a quienes por tal motivo se les canceló la inscripción de su cédula, la Sala encuentra claro y ceñido a la legalidad el planteamiento que se hace en el fallo, pues la norma no se refiere a la residencia de jurados de votación como prerequisite para integrar las mesas, sino que apunta a los electores; pues es a éstos a quienes se prohíbe votar en las elecciones para autoridades locales si no residen en el respectivo municipio. Por tanto, el hecho de que algunas personas se les hubiera cancelado la inscripción de su cédula para votar en el municipio de Sylvania, no indica que éstas estuvieran impedidas para servir como jurados y si así lo consideró el funcionario de la Registraduría al ejercer sus facultades, el acto de nombramiento de aquellos goza de la presunción de legalidad no desvirtuada.

En relación con el constreñimiento al elector violándose el artículo 175 de la Ley 28 de 1979, porque muchas personas no pudieron votar al no figurar el registro correspondiente y quien pudo hacerlo, como el señor Luis Germán Prieto Guzmán no recibió el tarjetón para alcalde, la Sala encuentra que el supuesto de la norma configura un delito contra el sufragio sancionado con pena de prisión, mas no encaja dentro de ninguna de las causales de nulidad electoral, como lo afirma el *a quo* siendo ésta la razón para que no hubiera estudiado el cargo y la que, igualmente, en esta instancia se tiene en cuenta para desecharlo.

Ahora, en lo que atañe al quebrantamiento del artículo 173 numeral 6º de la Ley 28 de 1979, porque las señoras Carmen Elsa Morales Guevara y Carmen Cecilia Torres de Díaz, cuando fueron a consignar el voto en las mesas que les correspondía ya habían votado por ellas, debiendo sufragar en otras mesas, hay que tener en cuenta que esta disposición fue modificada por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, norma que a su vez lo fue por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, que en su numeral 4º, se refiere al cómputo de votos con violación del sistema del cociente electoral, y suponiendo con amplio criterio de interpretación, dada la falta de conocimientos que en esta materia alega el actor, que éste se está acogiendo a dicha causal, el trámite para extraer el cociente no se afecta, por un cambio de mesa en la votación de las dos personas anteriormente mencionadas, que entre otras cosas, de todas maneras consignaron su voto.

Respecto a la violación de la causal 6ª del artículo 223 del C. C. A., por ser varios de los jurados de votación parientes del candidato Hugo Cubillos Castillo, en ninguno de los casos señalados por el demandante se prueba el

hecho, no sólo por no haber allegado al medio de convicción idóneo para acreditar parentesco, sino además porque en relación con Blanca Castillo de Espitia, mediante Resolución 5 del 8 de marzo de 1992 visible a folio 321, se reemplazó como jurado de votación, lo que indica que no actuó como tal; por lo menos la presunción de legalidad del acto no se desvirtuó.

En lo atinente a Ricardo Castillo Medellín, el *a quo* da por probado el parentesco con el candidato mediante la confesión por apoderado, e igualmente, que aquél actuó como jurado en la mesa número 10 (fl. 199), razón por la cual dispuso la exclusión de votos en dicha mesa, prosperando parcialmente el cargo, pero sin incidencia en las actas de escrutinio, ni en el acto impugnado. El representante del Ministerio Público, solicita se revoque este punto del fallo, porque considera que el señor Castillo Medellín no fue el único funcionario en esta mesa, que estaba integrada por cuatro (4) principales y el mismo número de suplentes, y el hecho de ser familiar del candidato no amerita a su juicio, la anulación de votos.

La Sala, a este respecto debe observar que si bien, obra confesión del demandado a través de su apoderado en relación con el parentesco, esa confesión no tiene eficacia probatoria, por carecer de uno de los requisitos que prescribe el artículo 195 del C. de P. C., o sea el señalado en el numeral 4^o; “que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba”.

Es sabido, que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la Ley 92 de 1938, se prueban con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos, tal como lo indica el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970; por tanto, si se pretende acreditar grados de parentesco, es necesario que se alleguen al proceso los documentos que conforme a la ley, establecen esa calidad, documentos que no fueron aportados. Por estas razones y no por las que expone la agencia fiscal será revocada la decisión en relación con este cargo.

En los dos siguientes cargos se invoca como infringidos los artículos 112 y 113 del C. E. y 110 y 127 de la Constitución Nacional, porque el día de las elecciones, solamente se posesionaron como jurados de votación, familiares del candidato y personas amigas vinculadas a la Administración, afirmándose por esta circunstancia una presunta parcialidad en favor del elegido alcalde. La Sala, comparte lo expuesto por el *a quo* sobre estas dos acusaciones, o sea, que el actor no explica el concepto de violación ni cita causal alguna de nulidad

SECCIONQUINTA

en relación con esos hechos, circunstancias que conduce como bien afirma, a su improsperidad por cuanto la falta de esos presupuestos hacen imposible cualquier análisis que pretenda hacer.

El último cargo examinado y según el cual, las actas de los jurados de votación fueron firmadas por personas distintas de quienes habían sido nombrados, violándose el artículo 223 numeral 2º del C. C. A., no está demostrado en el proceso mediante pruebas idóneas, pues se alega que 42 personas firmaron, unas las actas de posesión y otras las de escrutinio de jurados de votación, incurriendo en falsedad o apocrifidad al no estar facultados para actuar como jurados; ante imputación de por sí grave, porque atenta contra la buena fe de los electores que concurren a depositar su voto en esas mesas, lo lógico es que el cargo en este sentido esté respaldado por el medio probatorio adecuado para darle elementos claros de convicción al juez. En este caso, se hacía necesaria la prueba técnica pericial para establecer la ilegitimidad de las firmas y ésta no fue solicitada por el actor. De la simple comparación entre los documentos aportados, no se puede llegar a ese conocimiento como este lo pretende, pues se requeriría una confrontación grafológica con relación a las firmas de esas 42 personas.

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión, de que ninguno de los cargos que apuntan a dejar sin efecto el acto de elección impugnado tuvo vocación de prosperidad.

Finalmente anota la Sala que los hechos nuevos traídos a última hora por el actor en su escrito de sustentación del recurso, no merecen ningún estudio, porque no es esta la oportunidad para plantear hechos que deben ser conocidos desde el inicio del proceso, para que así quede legalmente trabada la relación jurídico procesal y observados, de la misma manera, los principios del debido proceso e igualdad de las partes.

Con relación a las pruebas solicitadas en el mismo escrito, de acuerdo con el artículo 251 del C. C. A., en esta instancia no hay decreto de pruebas a petición de parte.

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

FALLA

Primero. Confírmase el ordinal segundo de la sentencia apelada proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de noviembre de 1992.

Segundo. Revócase el ordinal primero del mismo proveído, en cuanto excluye del cómputo general de votos para alcalde del municipio de Sylvania los votos depositados a favor de Hugo Cubillos Castillo en la mesa número 10. En su lugar, el cargo no prospera quedando denegadas en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y en firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Santafé de Bogotá, D. C., marzo.18 de 1993.

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Ref.: Expediente número 0922

Electoral Segunda Instancia.

Apelación, Sentencia.

Actores: Enrique Villarreal Sarasty y otro.

Se decide el recurso de apelación interpuesto, oportunamente (fl. 165 cdo. ppal.) por uno de los demandantes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 13 de noviembre de 1992 (fls. 128 - 162 cdo. ppal).

ANTECEDENTES

1. En demandas separadas y posteriormente acumuladas en un mismo proceso; el abogado Hugo Escobar Sierra y el ciudadano Enrique Villarreal Sarasty, demandaron del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la elección del señor Jairo Benavides Fernández, como Alcalde Municipal de Mosquera - Cundinamarca.

2. En el libelo presentado por el segundo de los nombrados, solicitó, que como consecuencia de dicha declaración, se ordenara la cancelación de la respectiva credencial y si fuera procedente, la realización de un nuevo escrutinio. En la misma demanda, el actor citó como disposiciones infringidas con el acto demandado los artículos 29 de la Constitución Nacional y 192 - 3 - 11 del C.E.

En el proceso iniciado a instancia del doctor Hugo Escobar Sierra, se solicitó que como consecuencia de la anulación del acto impugnado, se cancelara la credencial expedida al señor Jairo Benavides Fernández, y se eligiera a quien legalmente correspondiera, de acuerdo con la Constitución y

las leyes de la República. En dicha causa, se citó como disposición transgredida, el artículo 223 - 4 del C.C.A.

La infracción de las disposiciones mencionadas, deriva de los siguientes hechos:

2.1 El municipio de Mosquera fue objeto de una escandalosa afluencia de inscripción de cédulas de personas no residentes allí, a tal punto, que el censo electoral inscrito, superó el número de habitantes del mismo.

Esta anomalía, reveladora de vicios, maniobras y fraudes, tendientes a alterar la voluntad popular, materializaron falsedades, en la formación de los registros electorales, que debían operar en las votaciones del 8 de marzo de 1992.

Ante la gravedad del suceso, el Consejo Nacional Electoral, dictó la resolución número 003 del 5 de febrero de 1992, por medio de la cual dejó sin efectos, las inscripciones de cédulas que se realizaron entre el 8 y el 17 de enero de 1992.

No obstante lo anterior, tanto en la cabecera del municipio como en el Corregimiento el Diamante sufragaron, fraudulentamente, un inmenso número de ciudadanos, cuya inscripción fue cancelada por la resolución mencionada.

2.3 En la Inspección de la Vereda El Diamante, se instalaron 17 mesas de votación, dejando de concurrir varios jurados de votación, los cuales fueron reemplazados por ciudadanos no residentes del lugar y que habían sido expresamente ubicados, con el fin de facilitar el ejercicio del sufragio de los no inscritos, de los no residentes.

Se afirma que para corroborar la intención dolosa y fraudulenta tendiente a alterar los registros electorales, la Registraduría Municipal designó, parcializadamente, miembros de los jurados de votación con el propósito de favorecer la elección del señor Jairo Reinaldo Benavides F., quien postuló a los jurados, varios de los cuales, sufragaron dos veces, el día 8 de marzo; además sin previo nombramiento, también actuaron amigos del mencionado candidato Benavides Fernández, por lo cual, las actas de escrutinio - F. E-17- están viciadas de nulidad. De igual manera, los registros de votantes, muestran el sufragio de ciudadanos a quienes no correspondía la correlativa cédula.

2.3 En el escrito presentado ante la Comisión Escrutadora, por el señor Hernando Talero, en representación del candidato Carlos Peralta, consta, que a causa de los errores aritméticos, se hicieron reclamos en relación con la comisión

SECCIONQUINTA

de irregularidades cometidas en las mesas 6, 10, 11, 12 y 14 de la Inspección El Diamante y en la mesa número 9 del municipio de Mosquera, porque las actas aparecían firmadas por menos de tres jurados de votación. Dicha reclamación fue tramitada ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral, para la circunscripción de Cundinamarca.

3. En uno y otro proceso y por conducto de apoderado, el señor Jairo Benavides Fernández, contestó la demanda, manifestando su oposición a las pretensiones contenidas en el libelo y solicitando el decreto y práctica de algunas pruebas (fls. 300 - 306 cdno. número 2 y 25 - 29 cdo. ppal.).

LA SENTENCIA RECURRIDA

En relación con el cargo según el cual, el censo electoral superó el censo poblacional de Mosquera, el Tribunal observó, que de acuerdo con la certificación expedida por el Registrador Municipal del Estado Civil, el número de personas aptas para votar en ese municipio era de 14.080 sufragantes y al contrario de lo afirmado en la demanda, el censo poblacional supera esa cifra, pues conforme lo certificó el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, la proyección poblacional de ese municipio a junio 30 de 1991 era de 16.089 habitantes y para junio de 30 de 1992, era de 16.512.

Pero de resultar cierto, conforme a la Resolución 003 de 1992, del Consejo Nacional Electoral, que en el municipio de Mosquera se presentó inscripción masiva de cédulas, ese organismo dejó sin efectos las que se realizaron entre el 8 y el 17 de enero de 1992, excepto las correspondientes a las cédulas expedidas en ese municipio y por ello, conforme a la citada resolución, significa que las posibles irregularidades planteadas en la demanda fueron subsanadas con antelación y en consecuencia, en principio, no pudieron influir en los resultados de la elección dealcalde municipal.

El cargo según el cual, a pesar de la anulación de las inscripciones - Resolución 003 de 1992 - un copioso número de ciudadanos votó en las elecciones del 8 de marzo de 1992, podía llegar a configurar la nulidad prevista en el artículo 223-2 del C.C.A., pues ese hecho implicaría falsedad, apocricidad de los registros electorales; sin embargo, como el actor no indicó qué personas incurrieron en él y tampoco indicó las mesas en las que se presentó dicha anomalía, ello impidió que el Tribunal se adentrara en el respectivo estudio.

La indeterminación del cargo al expresar que 7.216 ciudadanos se inscribieron, sin indicar las personas que incurrieron en la irregularidad al votar

en la elección de alcalde, a pesar de la imposibilidad legal en que se encontraban, no se podía detectar con base en la lista de ciudadanos inscritos y en la de sufragantes y registro de votantes, pues ello significaría el quebrantamiento del principio de igualdad de partes; además la indicada confrontación no ofrecería toda la certeza requerida para deducir si efectivamente en la elección del alcalde de Mosquera, votaron ciudadanos que por disposición de la Resolución 003 de 1992, no podían hacerlo, pues en dicho acto administrativo, se dejó abierta la posibilidad de que sufragarán las personas con cédulas expedidas en esa localidad.

Por las razones resumidas, el *aquo*, concluyó que este cargo tampoco estaba llamado a prosperar.

En cuanto tiene que ver con las reclamaciones elevadas por el señor Hernando Talero, ante la Comisión Escrutadora y en representación del candidato Carlos Peralta, sobre las irregularidades cometidas en las mesas 6, 10, 11, 12 y 14 de la Inspección El Diamante y 9 de la cabecera municipal, el *aquo* señaló que este cargo no podía prosperar, por la razón que el mismo demandante expresó en el libelo, en el sentido de que esa reclamación fue tramitada ante los miembros del Consejo Nacional Electoral y rechazada, por extemporánea, lo cual indica que se produjo una decisión cuya legalidad, no desvirtuó el actor, advirtiendo además, que en términos del artículo 192-3-11 del C.E., los hechos referidos, constituyen causales de reclamación y no de nulidad.

El cargo consiste en que en la Inspección de El Diamante dejaron de concurrir, a la hora señalada, varios miembros del jurado quienes, sin que se dejara constancia alguna, fueron reemplazados por ciudadanos o residentes en el lugar, aparece desvirtuado al establecerse que para adoptar esa decisión, se tuvo en cuenta que en la integración inicial, no se le dio participación equitativa a todos los partidos o movimientos políticos, lo cual indica, que sí obra constancia sobre los motivos que dieron lugar al cambio de los jurados y que en realidad, no fueron reemplazados el mismo día de las elecciones, como quiera que la Resolución número 003 de 1992, mediante la cual se dispuso el cambio, tiene fecha 3 de marzo de 1992 y las elecciones se llevaron a cabo el día 8 del mismo mes.

Por las razones expuestas, a juicio del *aquo*, el cargo no podía prosperar.

El cargo según el cual algunos jurados de votación sufragaron doblemente, no pudo ser analizado por el Tribunal, dados los términos genéricos en los que el mismo fue presentado.

SECCION QUINTA

Se dijo en una de las demandas que en los registros de votantes, aparecieron sufragando ciudadanos "...a quienes no corresponde la correlativa cédula de ciudadanía que allí estaba registrada hecho este que comprueba una vez más la falsedad de los registros electorales del municipio de Mosquera".

El Tribunal observó que el actor no indicó el cargo en forma concreta, pues no mencionó las mesas en las que se pudieron presentar las irregularidades ni los nombres de los ciudadanos que supuestamente votaron en las condiciones referidas; pero además el actor tampoco solicitó la prueba orientada a establecer cuales fueron las personas que suplantaron a las que conforme a la lista de sufragantes y al registro de votantes podían votar y este hecho, no se demuestra, dijo el *a quo* con la confrontación de la lista de sufragantes y el registro de votantes.

EL RECURSO DE APELACION

El apelante juzga procedente, para una mayor ilustración sobre la materia, que en esta instancia se considere una, que llama situación especial en este proceso, a saber:

Para demostrar el hecho 7 en la demanda solicitó, en tiempo, la práctica de una inspección judicial a efectos de verificar la falsedad de los registros electorales de la cabecera del municipio de Mosquera y del corregimiento de El Diamante y aunque conducente, por estar referida y orientada a comprobar los hechos expuestos en el libelo, el *a quo* la estimó improcedente, pero además el Magistrado Sustanciador consideró, que los hechos objeto de verificación, serían de fácil comprobación, en razón de que los formularios E-3 y E-15, hacían parte del expediente. El actor aceptó esta decisión, por las razones aducidas.

Afirma la sentencia, que en la demanda no se indicó quienes fueron las personas cuya inscripción anuló, en número superior a 7.000, el Consejo Nacional Electoral por lo cual, para el Tribunal el cargo es genérico, pero en opinión del recurrente, olvidó que los formularios E-3 acompañados al proceso y admitidos como prueba legalmente introducida al juicio, señalan concretamente los nombres y apellidos de tales personas. Por otra parte, el proveído agrega que no se mencionaron las mesas de votación en las cuales tuvo ocurrencia la falsedad de los registros electorales y como podrá verificarse, la demanda se contrae y señala las de la cabecera del municipio de Mosquera y las del corregimiento de El Diamante.

La trashumancia electoral de Mosquera, contraria a la ley y la Constitución Política (artículo 316), exculparla o disculparla con interpretaciones sutiles de procedimiento, jamás será ejemplarizante -dice el apelante-.

2. Como lo reconoce la sentencia, el cargo se hizo concreto y directo y se demostró con las pruebas que obran en el proceso, las que tienen el carácter de documento público. El demandado, no ignoró el sentido y alcance de la demanda; tal vez sí, los detalles, pero habra podido intervenir en la diligencia de inspección judicial en guarda de los principios de igualdad y contradicción; agregar que existía la salvedad de que podían votar las cédulas expedidas en Mosquera, es un artilugio dialéctico, pues, para esas cédulas, su inscripción se anuló sin reservas de ninguna naturaleza.

En concepto visible a folios 184 a 190, la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, dividió en tres los cargos presentados en las demandas, encontrando que ninguno de ellos prosperaba.

CONSIDERACIONES

1. El actor sostiene que para demostrar de manera manifiesta y fehaciente el hecho 7 de la demanda, solicitó la práctica de una inspección judicial a efectos de verificar la falsedad de los registros electorales de la cabecera del municipio de Mosquera y del Corregimiento de El Diamante, probanza que fue negada por el *a quo*.

El hecho de la demanda presentada por el hoy apelante expresa: ... De igual manera aparecen en los registros de votantes sufragando ciudadanos a quienes no corresponde la correlativa cédula de ciudadanía que allí está registrada, hecho éste irregular que comprueba, una vez más, la falsedad de los registros electorales del municipio de Mosquera (fl. 3 cdno. 2).

La inspección judicial cuya práctica fue negada, tenía por objeto verificar, entre otros hechos y con base en los registro de votantes -formularios E-15- qué ciudadanos, ... distinguiéndolos con los números de las cédulas, nombres y apellidos, sufragaron dos o más veces en las elecciones del ocho (8) de marzo del presente año, en el municipio de Mosquera, indicando las mesas de votación (fl. 272, cdno. número 2).

En cuanto se refiere a este aspecto, asistió la razón al Magistrado Ponente en su decisión de negar la prueba referida y no solo como él mismo manifestó, por cuanto el actor no identificó los casos en los que se presentó la irregularidad mencionada, sino porque en esas condiciones la inspección judicial podía, o no, mostrar la existencia de la alegada irregularidad; en otras palabras, lo que

SECCION QUINTA

el actor pretendía era trasladar al fallador, su obligación de indicar los nombres, apellidos y números de cédulas de las personas que supuestamente sufragaron, a pesar de la anulación de sus inscripciones, esto último, en el evento de que la alegada irregularidad hubiere existido.

Resulta sofisticado el argumento del distinguido recurrente, según el cual, los formularios E-3 acompañados al proceso señalan concretamente los nombres y apellidos de las personas cuya inscripción anuló, en número superior a 7.000, el Consejo Nacional Electoral y con él pretende desvirtuar la calificación de genérico, abstracto e indeterminado, que el *a quo* dio a ese cargo.

De acuerdo con lo registrado en la Resolución número 003 de 1992, el Consejo Nacional Electoral, no anuló un número superior a 7.000 inscripciones, sino aquellas que se realizaron entre el 8 y el 17 de enero de 1992 y si el mencionado acto administrativo, indicó que en 1991, se inscribieron 1.216 personas y en 1992, lo hicieron 7.209, la diferencia es de 5.993 inscritos; ese cúmulo de ciudadanos que a pesar de la invalidación de su inscripción votaron en Mosquera -según dice la demanda- jamás podran superar los 7.000 y no solo porque en el municipio referido sufragaron, para elegir alcalde, un total de 5.780 personas, sino porque de las que se inscribieron entre el 8 y el 17 de enero, estaban autorizadas para votar, las portadoras de las cédulas expedidas en Mosquera y para demostrar este aserto, sólo basta leer la Resolución número 003 del 5 de febrero de 1992, cuya copia obra a folios 79 y 80 de este cuaderno.

Evidentemente, el proveído apelado resaltó la omisión de la demanda, en cuanto ella no mencionó las mesas de votación en las cuales tuvo ocurrencia la falsedad del registro, argumento al que el apelante contrapone la afirmación de que la demanda se contrae y señala las mesas de la cabecera del municipio de Mosquera y las del Corregimiento de El Diamante; ahora bien, si el actor no precisó siquiera el número de ellas, menos se detuvo a determinar qué personas incurrieron en las irregularidades mencionadas en el libelo y en el improbable caso que se refiere a todas las mesas que funcionaron en los sitios mencionados, tampoco presentó prueba demostrativa de que el proceso eleccionario realizado el 8 de marzo de 1997 en la localidad de Mosquera - en su integridad- adoleció de irregularidades.

2. La inscripción masiva llevada a efecto en el municipio mencionado, hubiera podido, alterar la voluntad popular; sin embargo la oportuna intervención de la ciudadana al poner en conocimiento del Consejo Nacional Electoral el hecho irregular en cuestión, condujo a que la autoridad expidiera la

Resolución número 003 antes referida, mediante la cual, como quedó dicho, dejó sin efectos la inscripción de cédulas realizada, entre el 8 y el 17 de enero de 1992, entre otros, en el municipio de Mosquera, luego, no puede hablarse de que la llamada trashumancia electoral de esa localidad hubiera sido exculpada o disculpada de otra parte, lo que no resultara ejemplarizante, sería el hecho de que se anulara una elección sobre la única base de que los medios de comunicación desplegaran todo su poder sobre una práctica cuyo efecto nocivo a nadie escapa, pero que, según la prueba allegada al *sub judice*, no se proyectó sobre el acto impugnado, manteniendo, por lo tanto, incólume su validez.

Las razones expuestas, demuestran que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, no está llamado a prosperar y así habrá de declararse.

3. La Sala encuentra ajustados a derecho el análisis y las decisiones del *a quo*, en relación con los demás cargos expuestos en las demandas, que dicho sea de paso, tampoco fueron objetados por las partes y solo agregara lo que ya en otras oportunidades se ha reiterado en relación con la falsedad y apocricidad como motivos de nulidad (artículo 2 del C.C.A.), en el sentido de que la configuración de ésta y aquella, no se da por el hecho de que se detecta algunas irregularidades en los registros electorales o en los documentos que sirvieron como antecedentes. La falsedad como delito contra la Administración Pública, exige comprobación -no sólo menciona- de una intención dolosa tendiente a causar un perjuicio, que en los actos electorales se traduce en el desconocimiento de la voluntad de los electores reflejada en el resultado electoral, que a su vez constituye objeto de protección legal (art. 13 C.E.)

La prueba allegada al *sub judice*, permite afirmar:

3.1 Que en el presente caso, se impidió una sufragación masiva proveniente de personas que se inscribieron masivamente, entre el 8 y el 17 de enero de 1992, en la localidad de Mosquera.

3.2 No logró demostrarse el cargo según el cual, personas a quienes se anuló su inscripción, mediante la Resolución número 003 de 1992, votaron en la localidad mencionada.

3.3 Las irregularidades observadas en las mesas números 6, 10, 11, 12 y 14 de la inspección de El Diamante y en la número 9 de la cabecera municipal, provenientes de errores aritméticos, las primeras y que las actas aparecen firmadas por menos de tres jurados, la última, constituyen causales de

SECCION QUINTA

reclamación, razón por la cual, fueron presentadas ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral, autoridad, que según dice el actor, las rechazó por extemporáneas: ahora bien, como los hechos aludidos, no corresponden a ninguno de los motivos de anulación señalados en el artículo 223 del C.C.A., an cuando se hubieren demostrado en el proceso, no alcanzaran a desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto demandado.

3.4 El cargo según el cual, en la Inspección de El Diamante, dejaron de concurrir varios miembros del jurado de votación, habiendo sido remplazados, sin explicación alguna, por ciudadanos no residentes en Mosquera, aparece desvirtuado, tal como lo observa el Tribunal, con la Resolución número 003 de 1992 (fls. 76 - 77 cdno ppal), en la que se registra la explicación que echa de menos el actor, en cuanto expone que el cambio de los jurados obedeció a que en la integración de las mesas del jurado, no se tuvo en cuenta la participación equitativa de todos los grupos políticos.

Los hechos relacionados descartaron, lo que en la demanda se denominó intención dolosa y fraudulenta, tendiente a alterar la voluntad electoral expresada por los votantes de la localidad de Mosquera y así las cosas, no puede hablarse de transgresión del artículo 223-2 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, -Sección Quinta-, oído el concepto fiscal,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 13 de noviembre de 1992.

Cópese, notifíquese y cúmplase y en firme este proveído Vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velázquez, Presidente, Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

GOBERNADOR - Facultades / AUTONOMIA ADMINISTRATIVA / ESTABLECIMIENTO PUBLICO / DIRECTOR SECCIONAL - Nombramiento / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal

La Carta Magna, para consolidar el fenómeno de la descentralización de las entidades territoriales enunciado como principio en su artículo 1º, las dotó de autonomía para la gestión de sus intereses y les otorgó las prerrogativas previstas en el artículo 287. Es decir, introdujo una importante reforma al régimen departamental no sólo al prever la elección por voto popular de los gobernadores sino dándoles a éstos nuevas atribuciones como la prevista en el numeral 13 del artículo 305 en relación con la escogencia de gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento de ternas enviadas por el jefe nacional respectivo. El artículo 305 numeral 13 de la Constitución Nacional, si bien es cierto que establece de manera concreta como atribución del gobernador, escoger los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el respectivo departamento de las ternas que envíe el Jefe Nacional, que corresponda, no es menos cierto que esta facultad sólo la puede ejercer "de acuerdo con la ley", como categóricamente la consagra la misma disposición. Quiere decir lo visto, que mientras no se reglamente la disposición constitucional, la provisión de los cargos se hace conforme a las normas legales que rigen la creación y estructura orgánica del establecimiento.

DISTRITO DE OBRAS PUBLICAS / DIRECTOR REGIONAL - Nombramiento / GOBIERNO - Facultades / MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS

SECCIONQUINTA

Se establece un procedimiento especial para designar gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional pero en el presente caso, según los documentos allegados y las normas pertinentes se trata de proveer un cargo existente en la planta del Ministerio de Obras Públicas, que es un órgano de la administración central y no un establecimiento público del orden nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 767

Unica Instancia.

Actor: Antonio Heráclito Maya Copete.

Por conducto de apoderada (poder obra a fl. 5) y en su condición de Gobernador del departamento del Chocó, el doctor Antonio Heráclito Maya Copete demandó la nulidad de la Resolución 07269 del 2 de julio de 1992, por medio de la cual el Gobierno Nacional designó al ingeniero José Martínez Herrera en el cargo de Director Regional, Código 2035, Grado 16 del Distrito de Obras Públicas número 9 Quibdó.

ANTECEDENTES

El señor Antonio Heráclito Maya Copete, mediante acción pública electoral, solicita la nulidad de la Resolución 07269 del 2 de julio de 1992 expedida por el Ministro de Obras Públicas y Transporte.

El demandante invoca como violados los artículos 287 y 305, numeral 13 de la C. N.

Considera el actor que el Ministerio de Obras Públicas es una entidad del orden nacional con personería jurídica, patrimonio y autonomía administrativa y es el establecimiento encargado de coordinar, ejecutar y conservar el plan vial del Gobierno Nacional.

El Ministerio de Obras Públicas se ha desconcentrado territorialmente, creando dependencias a lo largo del país. Cada regional tiene una planta de personal, una estructura orgánica que le otorga jurisdicción, atendiendo a la División Político-administrativa del departamento del Chocó.

La Constitución Política vigente, en su Título XI, Capítulo 1º habla de la organización territorial, refiriéndose a las entidades territoriales como creacio-

nes de carácter legal, circunscripciones territoriales correspondientes a una colectividad regional o local con autonomía administrativa y personería jurídica, cuyos fines no son otros que los de resolver sus propias necesidades, mediante autoridades por la comunidad o sus representantes.

Ahora bien, los jefes nacionales de los respectivos establecimientos públicos tienen obligación constitucional de enviarle terna a los gobernadores para que estos procedan a la escogencia del candidato, independiente de quien tenga la competencia para expedir el acto administrativo de nombramiento.

La Resolución 07269 de 1992 viola ostensiblemente lo ordenado en el artículo 350, numeral 13 de la C. N. (fls. 6 a 10).

Mediante auto fechado el 20 de agosto de 1992, la sección admitió la demanda y negó la petición de suspensión provisional, por considerar que conforme a las pruebas allegadas, no le es aplicable la disposición constitucional pues el cargo pertenece a la planta del Ministerio de Obras (fls. 17 a 21).

El demandado, ingeniero José Martínez Herrera no dio contestación a las pretensiones del libelo.

El 1º de diciembre se corrió traslado a las partes para alegar (fl. 47), venciendo el término sin manifestación alguna.

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, mediante concepto fechado el 5 de febrero de 1993 solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda por considerar que existe una diferencia entre los establecimientos públicos del orden nacional y los ministerios, por lo cual no se puede aplicar la norma constitucional (fls. 54 a 58).

CONSIDERACIONES:

Competencia. La Sala es competente para conocer este asunto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 128, numeral 1º del C. C. A.

EL FONDO DEL NEGOCIO

Las pretensiones de nulidad del acto administrativo por medio del cual se nombró al ingeniero José Martínez Herrera como Director Regional, Código 2035, Grado 16 del Distrito de Obras Públicas número 9 Quibdó, contenido en la Resolución 07269 del 2 de julio de 1992 (fl. 2) tienen como fundamento el hecho de haberse proveído el cargo directamente por el Gobierno Nacional, sin tener facultades para hacerlo, por lo cual se presenta una flagrante violación de los artículos 287 y 305, numeral 13 de la C. N.

SECCION QUINTA

Para la Sala, ninguna de estas disposiciones resulta quebrantada con el acto administrativo impugnado, porque en su expedición se observaron las normas constitucionales y legales vigentes.

En efecto, la Carta Magna, para consolidar el fenómeno de la descentralización de las entidades territoriales enunciado como principio en su artículo 1º, las dotó de autonomía para la gestión de sus intereses y les otorgó las prerrogativas previstas en el artículo 287. Es decir, introdujo una importante reforma al régimen departamental no sólo al prever la elección por voto popular de los gobernadores sino dándoles a éstos nuevas atribuciones como la prevista en el numeral 13 del artículo 305 en relación con la escogencia de gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de ternas enviadas por el jefe nacional respectivo.

Pero, al igual que un gran número de disposiciones constitucionales, las que han sido objeto de análisis deben ser desarrolladas para que empiecen a operar, por imponerse en ellas o estar prevista en otra disposición la condición anotada.

Así el artículo 287 de la C. N. señala claramente que la autonomía de la cual gozan las entidades territoriales debe estar dentro de los límites de la Constitución y la ley. El siguiente artículo, 288, al referirse de manera general a la organización territorial de que trata el Título XI de la Carta, señala: "La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales... Las competencias atribuidas a los distintos niveles serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establece la ley."

El artículo 305 numeral 13 de la C. N., si bien es cierto que establece de manera concreta como atribución del gobernador, escoger los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el respectivo departamento, de las ternas que envíe el jefe nacional que corresponda, no es menos cierto que esta facultad sólo la puede ejercer "de acuerdo con la ley", como categóricamente lo consagra la misma disposición.

Quiere decir lo visto, que mientras no se reglamente la disposición constitucional, la provisión de los cargos se hace conforme a las normas legales que rigen la creación y estructura orgánica del establecimiento.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, en el presente caso tampoco la situación fáctica encaja en los presupuestos normativos.

En efecto, de la lectura de la disposición constitucional en estudio, se deduce claramente, como se dijo antes, que se establece un procedimiento especial para designar gerentes o jefes seccionales de establecimientos públicos del orden nacional pero en el presente caso, según los documentos allegados y las normas pertinentes se trata de proveer un cargo existente en la planta del Ministerio de Obras Públicas, que es un órgano de la administración central y no un establecimiento público del orden nacional.

En tales condiciones, no le es aplicable la norma constitucional en comento.

En este orden de ideas, los cargos de la violación propuestos deben recibir despacho desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Mirén de la Lombarina de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA - Requisitos / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia

El artículo 229 del C. C. A. establece que se debe individualizar el acto acusado que según la misma disposición en cita es aquel mediante el cual se declara la elección y en el presente caso en todos los memoriales, sin excepción se señala como acusado un acto distinto de tal declaración, sin que, en consecuencia, sea posible siquiera realizar una interpretación del libelo, ante la claridad de la petición. Así las cosas, para la Sala es claro que el acto acusado no es el declarativo de la elección, sino uno distinto que no es un acto administrativo por lo cual la demanda así presentada no puede ser admitida.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 991

Apelación auto.

Actor: José Jesús Laverde Ospina.

De plano como lo ordena el artículo 232 del C. C. A., procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del 11 de febrero de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Quindío inadmitió la demanda presentada en propio nombre por el señor Jesús Laverde Ospina.

Dan cuenta los autos que mediante acción pública de nulidad de carácter electoral el señor José Jesús Laverde Ospina manifiesta demandar la proposición mediante la cual catorce diputados a la asamblea solicitaron la escogencia del señor Orlando Martínez Callejas como Contralor del departamento del Quindío, que aparece en el Acta número 024 del 30 de noviembre de 1992.

En el mismo libelo, pero en acápite separado, solicita la suspensión provisional del acto acusado.

El Tribunal Administrativo por auto del 11 de febrero de 1993, inadmitió la demanda por considerar que se acusa un acto que no tiene la naturaleza de administrativo.

La parte actora apeló la anterior decisión con base en los siguientes fundamentos:

Considera extraño e improcedente que se deniegue la admisión de una demanda presentada con suficiente antelación al vencimiento del término de caducidad.

El Secretario de la Asamblea certifica que el señor Martínez Callejas fue elegido Contralor Departamental mediante una proposición.

Posteriormente sustentó la apelación recalcando que el libelo fue presentado el 12 de enero de 1993, el 15 del mismo mes y año se dictó un auto de Sala Unitaria ordenando el aporte de documentos, so pena de inadmitir la demanda, orden que se cumplió en el menor tiempo posible, inclusive con la aportación de los documentos en que constan la notificación del acto y la posesión del elegido irregularmente.

En relación con el acto acusado manifiesta que acompañó la proposición además de transcribirla.

En tales condiciones, concluye, es imposible la negativa de admisión de la demanda.

Ahora bien, continúa, el Acta número 24 de 1992 en su hoja 5 al punto 5, que transcribe, muestra que no hubo elección sino escogimiento porque luego de la proposición, se realizó la votación de dicha proposición.

Agrega que la correspondiente póliza de manejo se expidió a Jesús Orlando Callejas y no a Orlando Callejas, de lo cual deduce que no hubo suficiente identificación de la persona.

En memorial posterior manifiesta que adiciona la apelación en el sentido de afirmar que el Contralor del Quindío no se eligió conforme a derecho lo que se corrobora en forma fehaciente mediante certificación del Secretario General de la honorable Asamblea quien afirma que lo votado fue una proposición.

Manifiesta bajo la gravedad del juramento que no está unido por vínculos de parentesco con la señora Gloria Inés Salazar de Laverde, integrante de la terna en mención.

SECCION QUINTA

No hubo una verdadera identificación de quien fue escogido tal como lo observó en el memorial anterior.

Pide igualmente que se solicite por esta Corporación fotocopia de la cédula de ciudadanía expedida a Jesús Orlando Martínez Callejas.

Anexa unos documentos para que sean tenidos en cuenta como prueba.

SE OBSERVA:

La Sala es competente para conocer del recurso con base en lo dispuesto por el artículo 232 del C. C. A., toda vez que se trata de un proceso que tiene dos instancias conforme a lo previsto por el artículo 132-4 del C. C. A. en concordancia con los artículos 129-2 *ibidem* y 1º del Decreto 597 de 1988.

En atención a que se trata de un recurso de apelación y que, además, debe resolverse de plano, como se dijo en un comienzo, su estudio debe hacerse con base en la decisión adoptada por el Tribunal y los alegatos presentados sin consideración de pruebas adicionales que por, lo mismo, no serán tomadas en cuenta ni decretada la práctica de las solicitadas.

En relación con el problema en estudio, la Sala debe precisar que los actos administrativos son expresiones de la administración con fuerza vinculante para los interesados o para los administrados en general, según el campo de aplicación que tengan.

Aspecto secundario es la forma externa que revistan los actos administrativos.

Las actas de una sesión realizada por una corporación pública son la narración fiel de lo sucedido en la reunión correspondiente; en consecuencia, puede contener actos administrativos, como fueron definidos atrás, y actos que no responden a dicha naturaleza de administrativos.

No es una excepción el Acta número 024 del 30 de noviembre de 1992 de la Asamblea Departamental del Quindío en la cual se registró lo sucedido en la sesión de la Duma en la fecha en cuestión.

Leída con todo detenimiento el acta citada, la Sala observa que en el punto quinto de la misma se trató sobre la elección del Contralor General del departamento y dentro de dicho punto se relaciona lo siguiente:

La Secretaría leyó tres oficios enviados a la Asamblea Departamental provenientes de los Tribunales Contencioso Administrativos (uno) y Tribunal Superior de Armenia (dos), en los cuales remiten los nombres de los doctores

Gloria Inés Salazar de Laverde, Alvaro Nel Escrucería Manzi y Orlando Martínez Callejas.

El honorable Diputado Juan de Dios Londoño Gutiérrez da lectura a una proposición firmada por quince diputados en la que propone al doctor Martínez Callejas para que ocupe el cargo de Contralor Departamental.

La presidencia manifiesta ordenar la realización de la votación de rigor y nombra escrutadores a dos diputados.

Al producirse la votación aparece un voto firmado por un diputado ausente y un diputado presente, Javier Ocampo Cano, hace notar anomalías en la elección por lo cual se repite la votación.

Al contar los votos resultan 14 a favor de Martínez Callejas correspondientes a igual número de diputados presentes en el recinto.

La presidencia pregunta a los diputados si declaran elegido al doctor Martínez Callejas y los diputados responden afirmativamente.

A continuación la Corporación pasa a ocuparse de otros asuntos.

Del recuento anterior se deduce claramente que en el punto quinto del orden del día de la sesión de la Asamblea Departamental en estudio hubo una sucesión de actos no administrativos entre los cuales se encuentra la proposición cuestionada y un acto que sí es administrativo, la declaratoria de la elección realizada.

La anterior afirmación se basa en el acta misma: La proposición no fue lo votado porque si así fuera, el resultado tendría que ser por la afirmativa o por la negativa a la proposición y lo que aparece contado son los votos contentivos de nombres.

Ahora bien, conforme al texto de la demanda presentada, la adición, el recurso de apelación, su sustentación y su adición, se deduce claramente que como ya se dijo, del acta 024 del 30 de noviembre de 1992 cuyo punto quinto ya se reseñó, lo demandado es una proposición que se considera en cada uno de los escritos como el acto administrativo mediante el cual se realizó la elección.

El artículo 229 del C. C. A. establece que se debe individualizar el acto acusado que según la misma disposición en cita es aquél mediante el cual se declara la elección y en el presente caso en todos los memoriales, sin excepción, se señala como acusado un acto distinto a tal declaración, sin que, en consecuencia, sea posible siquiera realizar una interpretación del libelo, ante la claridad de la petición.

SECCION QUINTA

Así las cosas, para la Sala es claro que el acto acusado no es el declarativo de la elección, sino uno distinto que no es un acto administrativo por lo cual la demanda así presentada no puede ser admitida.

Como en tal sentido se pronunció el Tribunal en el Auto Apelado, la providencia recurrida deberá confirmarse.

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

RESUELVE:

Confirmar el auto apelado por las razones expuestas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 765.

Actor: Antonio Heráclito Maya Copete.

Unica Instancia.

Por conducto de apoderado (fl. 6) y en su condición de Gobernador del departamento del Chocó, el señor Antonio Heráclito Maya Copete demandó la nulidad de la Resolución número 1633 del 24 de junio de 1992, por medio de la cual el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales designó al ingeniero Luis Eduardo Asprilla Murillo en el cargo de director regional, código 2035, grado 08, regional Chocó, del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

ANTECEDENTES

El señor Antonio Heráclito Maya Copete, mediante la acción pública electoral, solicita la nulidad de la Resolución número 1633 de 24 de junio de 1992 por medio de la cual se nombra al señor Luis Eduardo Asprilla Murillo como director regional del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

El demandante invoca como infringidos los artículos 287 y 305 de la C. N.

Considera el actor que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Obras Públicas.

Para la adecuada prestación de sus servicios, el Fondo Nacional se ha desconcentrado territorialmente creando regionales en el territorio nacional. Para cada seccional existe una planta de personal y una estructura orgánica que le otorgan jurisdicción, atendiendo a la división político-administrativa del Chocó.

SECCION QUINTA

La Constitución Política, en su Título XI, Capítulo I habla sobre la organización territorial. En ese capítulo, en el artículo 286, señala como entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La Carta Magna establece que las entidades territoriales pueden elegir sus propios mandatarios y el gobernador electo representa a la respectiva entidad territorial.

El artículo 305 en su numeral 13 confiere al gobernador la competencia de designar, de ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, a los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento.

El acto administrativo Resolución número 1633 de junio 24 de 1992 viola abiertamente las disposiciones constitucionales citadas en razón a que Caminos Vecinales es un establecimiento público del orden nacional, por lo cual el director nacional de esta entidad ha debido enviar una terna al Gobernador para que eligiera al director seccional y no designarlo de manera directa, como efectivamente lo hizo (fls. 7 a 12).

Mediante proveído del 27 de agosto de 1992, la Sección admitió la demanda y denegó la medida de suspensión provisional por considerar que de existir violación del precepto constitucional, ésta no surge *prima facie*, ni del simple cotejo del artículo 305-13 de la Carta, con el acto acusado, ni del documento aportado con la petición (fls. 20 a 25).

El demandado, por su parte, por intermedio de apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 35) y dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones contenidas en ella, con fundamento en los siguientes argumentos:

La designación del ingeniero Luis Eduardo Asprilla Murillo fue realizada por el director general del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, en uso de sus facultades legales, las cuales estaban vigentes en el momento del nombramiento.

Si bien el artículo 305 de la C. N. establece las atribuciones del gobernador, entre las cuales en el numeral 13 se encuentra la escogencia de los jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional, tampoco es menos cierto que la aplicación de este inciso exige una ley reglamentaria que no ha sido aprobada por el Congreso de la República.

De lo anterior se puede deducir que no ha existido violación alguna de las disposiciones legales y mucho menos constitucionales al efectuarse el nombramiento del señor Luis Eduardo Asprilla Murillo.

Mediante auto de noviembre 24 de 1992 se corrió traslado a las partes para alegar (125), vencíéndose el término sin manifestación alguna.

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, en concepto número 14--93, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda porque, si bien el Fondo Nacional de Caminos Vecinales se encuentra dentro de la clasificación de establecimiento público del orden nacional, se observa que el precepto constitucional requiere ser reglamentado por la ley. Por lo anterior, no se puede predicar que el nombramiento del señor Luis Eduardo Asprilla Murillo, como director regional del Fondo Nacional de Caminos Vecinales Regional Chocó se haya efectuado con transgresión de normas constitucionales (fls. 132 a 137).

CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala es competente para conocer del asunto; de acuerdo con el inciso 4º del artículo 128 del C.C.A.

El Fondo del Asunto. El actor solicitó la nulidad de la Resolución número 1633 de junio 24 de 1992 por medio de la cual se nombró al señor Luis Eduardo Asprilla Murillo como director regional del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, por violar los artículos 287 y 305 de la C. N.

El artículo 287 de la Carta Magna reza:

Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

Por su parte, el artículo 305 de la Constitución Nacional, en su numeral 13, dice:

Son atribuciones del Gobernador:

...

13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.

SECCIÓN QUINTA

Considera el actor que los elementos aportados al proceso donde se demuestra que el demandado fue nombrado por el director general del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y no por el Gobernador son plena prueba para demostrar que el nombramiento está viciado de nulidad.

En el informativo aparecen las siguientes pruebas:

Fl. 17: Resolución número 1633 de 1992 por la cual el director general del Fondo Nacional de Caminos Vecinales nombra al ingeniero Luis Eduardo Asprilla Murillo en el cargo de director regional, código 2035, grado 08, regional Chocó del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Fl. 56: Acta de posesión del ingeniero Luis Eduardo Asprilla Murillo, fechada el 6 de julio de 1992.

Fl. 3: Constancia expedida por el Gobernador del Chocó, doctor Antonio Heráclito Maya Copete, donde certifica que el director nacional de Caminos Vecinales no dio cumplimiento al artículo 305, numeral 13 de la C. N.

SE OBSERVA:

Las pretensiones de nulidad del acto por el cual el director general del Fondo Nacional de Caminos Vecinales nombró al ingeniero Luis Eduardo Asprilla Murillo como director regional de esta entidad, contenido en la Resolución número 1633 de 1992, descansan fundamentalmente en un hecho: haberse proveído directamente el cargo por el antecitado funcionario, sin tener facultades para ejercer esta función, pues si antes las tenía, la nueva Constitución trasladó esta atribución a los gobernadores. La función del jefe nacional del establecimiento público se limita, únicamente, a enviar la terna correspondiente al gobernador para que éste haga la selección del candidato, circunstancia que en el caso *sub lite* no se realizó violando los artículos 287 y 305 numeral 13 de la C. N.

Para la Sala, ninguna de las disposiciones resulta quebrantada con el acto administrativo impugnado, porque en su expedición se observaron las normas constitucionales y legales vigentes.

En efecto, la Carta Magna, para consolidar el fenómeno de la descentralización de las entidades territoriales enunciado como principio en su artículo 1º, las dotó de autonomía para la gestión de sus intereses y les otorgó las prerrogativas previstas en el artículo 287. Es decir, introdujo una importante reforma al régimen departamental no sólo al prever la elección por voto popular de los gobernadores sino dándoles a éstos nuevas atribuciones como

la prevista en el numeral 13 del artículo 305 de la C. N. en relación con la escogencia de gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de ternas enviadas por el jefe nacional respectivo.

Pero, al igual que un gran número de disposiciones constitucionales, las que son objeto de análisis deben ser desarrolladas para que empiecen a operar, por imponerse en ellas o estar previstas en otra disposición la condición anotada.

Así, el artículo 287 de la C. N. señala claramente que la autonomía de la cual gozan las entidades territoriales debe estar dentro de los límites de la Constitución y la ley. El siguiente artículo, 288, al referirse de manera general a la organización territorial de que trata el Título XI de la Carta, señala: “La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales...”

“Las competencias atribuidas a los distintos niveles serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establece la ley”.

El artículo 305, numeral 13 de la Constitución Nacional, si bien es cierto, establece de manera concreta como atribución del gobernador escoger los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el mismo departamento, de las ternas que envíe el jefe nacional que corresponda, no es menos cierto que esta facultad sólo la puede ejercer “de acuerdo con la ley”, como categóricamente lo consagra la misma disposición.

Quiere decir lo anterior que mientras no se reglamente la disposición constitucional, la provisión de los cargos se hace conforme a las normas legales que rigen la creación y estructura orgánica del establecimiento.

En el caso *sub judice*, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, creado por el Decreto 1650 de julio 14 de 1960, por lo cual le es aplicable la norma constitucional; pero el nombramiento del ingeniero Luis Eduardo Asprilla Murillo no está viciado de nulidad, ya que se realizó de acuerdo con la ley, es decir, mediante la Resolución número 1633 de 1992, expedida por el director nacional del Fondo Regional de Caminos Vecinales. Es claro, según lo visto, que no se puede dar cumplimiento a la disposición constitucional en estudio, mientras ésta no sea reglamentada, lo que permite concluir que el jefe

SECCION QUINTA

nacional de los establecimientos públicos del orden nacional no está obligado a enviar la terna al gobernador para la escogencia de gerentes o jefes seccionales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Deniéganse las súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Mirén de la Lombana de M.*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de La Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 913.

Apelación Sentencia.

Actor: Julio César González Contreras.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 20 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en cuanto denegó las pretensiones de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección de los señores Germán Chaparro, Edilberto Sanabria Baquero y Jairo Iván Frías Carreño, como concejales de Villavicencio (Meta) para el período comprendido entre 1992-1994.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene practicar un nuevo escrutinio, con exclusión de los votos que aparezcan a favor de los demandados, para designar los reemplazos de éstos.

El demandante invocó como infringidos el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 1º de la Ley 45 de 1989.

Manifiesta el actor que, conforme a los documentos públicos, el señor Chaparro fue nombrado jefe de la sección de Justicia Municipal de Villavicencio, tomando posesión del cargo el 11 de junio y ejerciéndolo hasta el 8 de diciembre de 1991.

El señor Baquero Sanabria fue inspector de policía desde el día 15 de febrero de 1991 hasta el 30 de septiembre del mismo año.

El señor Frías Carreño fue nombrado secretario de Planeación de la Gobernación del Departamento del Meta el día 14 de septiembre de 1990 y ejerció el cargo hasta el 30 de diciembre de 1991.

SECCION QUINTA

Lo anterior demuestra claramente que los demandados estaban incurso en la inhabilidad prevista por la ley, ya que seis meses antes de la elección como concejales se desempeñaban como empleados oficiales (fls. 59 a 69).

Mediante auto fechado el 7 de abril de 1992, el Tribunal Administrativo del Meta admitió la demanda y denegó la suspensión provisional por considerar que no existe una manifiesta infracción entre el acto administrativo y las normas invocadas, siendo necesario un análisis más profundo, lo cual no sería propio en esta instancia del proceso (fls. 71 a 75).

Mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 96), el señor Alberto Baquero Sanabria se opone a las pretensiones de la demanda, ya que el artículo 127 de la C. N. establece que podrán participar en política aquellos funcionarios del Estado que no tengan jurisdicción, ni ejerzan actividad política o civil, ni formen parte de la rama electoral o jurisdiccional, ni tengan funciones de control. Esto establece una clara incompatibilidad con lo expresado en las normas citadas por el actor como violadas, por lo cual no se pueden invocar y se deben desechar como insubsistentes por contrariar la Carta Magna (fls. 97 a 101).

Por su parte, los señores Franklin Germán Chaparro Carrillo y Jairo Iván Frías Carreño, a través del mismo apoderado (poderes obran a fls. 102 y 133 en el orden mencionado) se opusieron, respectivamente, y en escrito separado, a las peticiones del libelo por considerar que las normas cuya violación se alega devenían de la Constitución de 1886, la cual por mandato expreso quedó derogada, dando paso a la nueva Carta Magna. El artículo 127 de la C. N. vigente otorga el derecho de poder ser elegidos miembros de corporaciones públicas a los servidores públicos que no estén incurso en las situaciones previstas en la norma. En este caso, los demandados no estaban cobijados por la prohibición del inciso segundo del artículo 127 de la Carta Magna, por lo cual se puede inferir, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3 de esta norma, que a éstos les estaba permitido participar como candidatos al Concejo Municipal de Villavicencio y ser elegidos como tales.

En lo que hace referencia a la realización de un nuevo escrutinio, se le debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 261 de la C. N. Además, es claro que los votos obtenidos por los demandados obedeció a la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos frente a una propuesta política ofrecida por éstos, por lo cual si se realizara un nuevo escrutinio, éste no sería el reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas. Inclusive, de acceder a esta petición, se violarían el principio de

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de La Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 913.

Apelación Sentencia.

Actor: Julio César González Contreras.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 20 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en cuanto denegó las pretensiones de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección de los señores Germán Chaparro, Edilberto Sanabria Baquero y Jairo Iván Frías Carreño, como concejales de Villavicencio (Meta) para el período comprendido entre 1992-1994.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene practicar un nuevo escrutinio, con exclusión de los votos que aparezcan a favor de los demandados, para designar los reemplazos de éstos.

El demandante invocó como infringidos el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 1º de la Ley 45 de 1989.

Manifiesta el actor que, conforme a los documentos públicos, el señor Chaparro fue nombrado jefe de la sección de Justicia Municipal de Villavicencio, tomando posesión del cargo el 11 de junio y ejerciéndolo hasta el 8 de diciembre de 1991.

El señor Baquero Sanabria fue inspector de policía desde el día 15 de febrero de 1991 hasta el 30 de septiembre del mismo año.

El señor Frías Carreño fue nombrado secretario de Planeación de la Gobernación del Departamento del Meta el día 14 de septiembre de 1990 y ejerció el cargo hasta el 30 de diciembre de 1991.

SECCIONQUINTA

Lo anterior demuestra claramente que los demandados estaban incurso en la inhabilidad prevista por la ley, ya que seis meses antes de la elección como concejales se desempeñaban como empleados oficiales (fls. 59 a 69).

Mediante auto fechado el 7 de abril de 1992, el Tribunal Administrativo del Meta admitió la demanda y denegó la suspensión provisional por considerar que no existe una manifiesta infracción entre el acto administrativo y las normas invocadas, siendo necesario un análisis más profundo, lo cual no sería propio en esta instancia del proceso (fls. 71 a 75).

Mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 96), el señor Alberto Baquero Sanabria se opone a las pretensiones de la demanda, ya que el artículo 127 de la C. N. establece que podrán participar en política aquellos funcionarios del Estado que no tengan jurisdicción, ni ejerzan actividad política o civil, ni formen parte de la rama electoral o jurisdiccional, ni tengan funciones de control. Esto establece una clara incompatibilidad con lo expresado en las normas citadas por el actor como violadas, por lo cual no se pueden invocar y se deben desechar como insubsistentes por contrariar la Carta Magna (fls. 97 a 101).

Por su parte, los señores Franklin Germán Chaparro Carrillo y Jairo Iván Frías Carreño, a través del mismo apoderado (poderes obran a fls. 102 y 133 en el orden mencionado) se opusieron, respectivamente, y en escrito separado, a las peticiones del libelo por considerar que las normas cuya violación se alega devenían de la Constitución de 1886, la cual por mandato expreso quedó derogada, dando paso a la nueva Carta Magna. El artículo 127 de la C. N. vigente otorga el derecho de poder ser elegidos miembros de corporaciones públicas a los servidores públicos que no estén incurso en las situaciones previstas en la norma. En este caso, los demandados no estaban cobijados por la prohibición del inciso segundo del artículo 127 de la Carta Magna, por lo cual se puede inferir, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3 de esta norma, que a éstos les estaba permitido participar como candidatos al Concejo Municipal de Villavicencio y ser elegidos como tales.

En lo que hace referencia a la realización de un nuevo escrutinio, se le debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 261 de la C. N. Además, es claro que los votos obtenidos por los demandados obedeció a la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos frente a una propuesta política ofrecida por éstos, por lo cual si se realizara un nuevo escrutinio, éste no sería el reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas. Inclusive, de acceder a esta petición, se violarían el principio de

imparcialidad, el principio del secreto del voto y de la publicidad del escrutinio, el principio de la eficacia del voto, el principio de la capacidad electoral y el principio de la proporcionalidad (fls. 103 a 132 y 135 a 163).

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Meta, mediante sentencia proferida el 20 de octubre de 1992, resolvió negar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, vale la pena aclarar que esta jurisdicción es esencialmente rogada; ello implica que el juez debe limitarse a resolver sobre lo pedido por el actor únicamente, y, además, no puede entrar a confrontar normas que no han sido invocadas y menos ocuparse de un concepto de violación extraño al remitido por el demandante.

En segundo lugar, la Constitución es norma de normas. A la luz de la nueva Constitución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 127, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*, al empleado público, sin ninguna cualificación, no le está vedado el participar en actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas. Es decir, que ésta es la regla general; y las normas invocadas por el demandante contrarían la letra o el espíritu de la nueva Carta Magna.

El artículo 127 de la Constitución Nacional tiene como consecuencia:

1. Los empleados no comprendidos en las excepciones descritas en la norma constitucional podrán participar en política en las condiciones que señale el legislador.

2. Mientras no se expida la ley habilitante, no puede ejercerlos.

Sin embargo, también se deduce que si el empleado, en el momento que deja de estar vinculado con el Estado, no tiene limitación constitucional alguna para desarrollar su actividad política, pues si la puede ejercer el empleado oficial, no hay razón jurídica válida para que el ciudadano ya desvinculado no ejerza ese derecho.

Por lo anterior, los preceptos legales que contrarían ese sentir constitucional dejaron de tener vigencia.

Como a la fecha de la elección ninguno de los demandados estaba desempeñando empleo dentro de la Administración, dando aplicación al artículo 127 de la Carta, ninguno de ellos estaba inhabilitado. Lo que anteriormente era excepción hoy se transmutó en permisión habilitando al

SECCION QUINTA

funcionario descrito en el inciso 3 a ser partícipe de actividades políticas de acuerdo con lo señalado por la ley.

En cuanto se refiere a la segunda petición del actor, si la pretensión primera de nulidad no sale avante, en consecuencia, la segunda, que depende de ésta, deberá seguir el mismo camino (fls. 248 a 262).

EL RECURSO DE APELACION

El señor Henry Wálter Palma, actuando como parte coadyuvante dentro del proceso (fue reconocido en la misma sentencia, fl. 262) interpuso oportunamente recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con base en las siguientes razones:

1. El fallo instituye la desigualdad política: la interpretación que efectuó el *a quo* otorga a unos empleados públicos el derecho a ser elegidos (en este caso concejal) y se lo niega a otros que, por razones del cargo, tienen mayores responsabilidades y se supone tienen una preparación técnica y científica mejor.

Esto último riñe con lo establecido en el artículo 13 de la nueva Constitución, donde se consagra la igualdad de las personas.

2. El artículo 127 establece las incompatibilidades y no las inhabilidades. Además, cuando el inciso 3 defiere a la ley las condiciones de ese derecho a participar en política, lo que hace es ordenar que tal acto limite dicha participación, pero no lo contrario.

3. Las normas señaladas como violadas son compatibles con la Constitución: el artículo 127 no estableció el derecho a ser elegido a ningún empleado estatal, y, por lo mismo, no derogó ninguna de las normas señaladas como violadas (fls. 264 a 268).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Séptima Delegada en lo Contencioso, mediante concepto número 29-93, solicitó la revocación de la sentencia recurrida, y en su lugar declarar la nulidad del acto acusado, dándole aplicación inmediata y plena al artículo 261 de la Constitución Nacional, por considerar lo siguiente:

La nueva Constitución no produjo la derogatoria de toda la legislación anterior a la misma, solamente los preceptos contrarios a ella.

Los artículos mencionados por el actor, como concepto de la violación, no contrarían las finalidades que persigue la Constitución; todo lo contrario, están orientados a idénticos fines y propósitos.

En el expediente está plenamente demostrado que los señores Chaparro, Baquero y Frías fueron empleados oficiales, por lo cual estaban inhabilitados para ser elegidos concejales de Villavicencio (fls. 294 a 308).

El 26 de enero de 1993, el apoderado de los señores Germán Chaparro Carrillo y Jairo Iván Frías-Carreño presentó los respectivos alegatos de conclusión que por extemporáneos la Sala no tomará en cuenta (fls. 271 a 288).

CONSIDERACIONES

Competencia: La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto por el artículo 132-4 en concordancia con los artículos 131-2 y 265 del C.C.A.

EL FONDO DEL NEGOCIO

En primer lugar, la Sala ha expresado reiteradamente que la Constitución de 1991, por el solo hecho de entrar en vigencia, no derogó la legislación anterior; ésta sólo desaparece del mundo jurídico en la medida en que sus disposiciones pugnen con las de la nueva Carta Fundamental.

Lo anterior, para afirmar que, para quienes aspiren a ser concejales, institución anterior a la Constitución de 1991, están vigentes las inhabilidades establecidas con antelación a la misma, mientras no sean contrarias a las nuevas disposiciones constitucionales y, mientras en cumplimiento del artículo 312 de la C. N., no se expida una ley que haga la regulación pertinente y, en este último caso, derogue en forma expresa o tácita la legislación antecedente sobre el particular.

En este orden de ideas, el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, interpretado por la Ley 45 de 1989, están vigentes.

En relación con la invocación del artículo 127 de la C. N. que hacen las partes demandadas en sus respectivas contestaciones, para la Sala es claro que en el presente caso su aplicación es impertinente, ya que no afecta la vigencia de los artículos mencionados.

En efecto, la norma en cita es del siguiente tenor:

Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

SECCION QUINTA

A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

Es claro que la disposición transcrita establece para los servidores del Estado una prohibición de contratar en los términos y condiciones señalados en ella (inc. 1), igualmente establece una prohibición de participar en las actividades y controversias políticas señaladas en la norma para los empleados del Estado (inc. 2) y la posibilidad de hacerlo en los términos y condiciones legales para quienes no están cobijados por la prohibición (inc. 3).

Igualmente, establece como causal de mala conducta la utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política.

Como se observa, la norma no establece en sí misma causales de inhabilidad para efectos electorales porque su fundamento y su objeto son diferentes y por lo mismo las consecuencias de su infracción se discuten por un procedimiento ajeno al electoral.

Pero es claro también, conforme a lo visto, que para que un supuesto de los establecidos en el artículo 127 de la C. N. se constituya en inhabilidad de carácter electoral debe estar concretado por una disposición de orden constitucional o legal como causal de inhabilidad bien sea anterior a la vigencia de la Constitución de 1991 y siempre que no pugne con ella, bien contenida en la Carta Fundamental o en una ley expedida en su desarrollo.

En consecuencia, en relación con el caso en estudio, mientras no se dicte la legislación sobre el particular y mientras en tal legislación no se retire la inhabilidad establecida en los artículos mencionados, tal inhabilidad sigue vigente.

Por lo anterior, la Sala no comparte el planteamiento *de la quo* en la sentencia proferida el 20 de octubre de 1992, y procede a estudiar las pretensiones de la demanda.

Considera el actor que los señores Germán Chaparro, Edilberto Baquero y Jairo I. Frías se desempeñaron como empleados públicos durante los 6 meses anteriores a la elección, infringiendo el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, que dice:

Los miembros del Concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión; se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público.

Estima el demandante que de las pruebas aportadas al proceso se deduce claramente que los demandados eran empleados públicos seis meses antes de la elección, por lo cual se encontraban inhabilitados para ocupar los cargos.

En el expediente obran las siguientes pruebas:

Folio 18: Resolución número 499 de junio 5 de 1990, por medio de la cual el Alcalde Mayor de Villavicencio nombró a Germán Chaparro como jefe de la sección de Justicia Municipal.

Folio 19: Acta de posesión del señor Germán Chaparro, de fecha 11 de junio de 1990.

Folio 20: Constancia de la jefe de personal y kárdex municipal donde certifica que el señor Chaparro Carrillo prestó sus servicios al municipio desde el día 22 de junio de 1988 hasta el día 8 de diciembre de 1991.

Folio 21: Resolución número 232 de febrero 15 de 1991, por medio de la cual el Alcalde Mayor de Villavicencio nombró a Edilberto Baquero Sanabria para desempeñar el cargo de inspector de policía dependiente de la Secretaría de Gobierno Municipal.

Folio 22: Acta de posesión número 1757, por medio de la cual el señor Baquero Sanabria se posesionó de inspector de policía, fechada el día 15 de febrero de 1991.

Folio 26: Constancia expedida por la jefe de personal y kárdex municipal donde certifica que el señor Baquero Sanabria laboró entre el 18 de enero y

SECCION QUINTA

el 18 de septiembre de 1990 como inspector de control urbano y desde el 15 de febrero al 30 de septiembre de 1991 como inspector de policía.

Folio 24: Decreto número 917, fechado el 7 de septiembre de 1990, por medio del cual se nombró a Jairo Iván Frías Carreño como secretario de Planeación.

Folio 25: Acta de posesión número 135, por medio de la cual el señor Frías Carreño toma posesión del cargo de secretario de Planeación, fechada el 14 de septiembre de 1990.

Folio 27: Constancia de la jefe de personal y kárdex del Departamento donde certifica que el señor Frías Carreño prestó sus servicios al Departamento desde el 14 de septiembre de 1990 hasta el 30 de diciembre de 1991.

De acuerdo con lo anterior, el señor Germán Chaparro fue jefe de la sección de Justicia Municipal, desempeñando el cargo hasta el día 8 de diciembre de 1991; es decir, desempeñándose como empleado oficial dentro de los seis meses anteriores a su elección. Lo anterior es suficiente para asegurar que éste se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal en el municipio de Villavicencio.

Por su parte, el señor Edilberto Baquero Sanabria laboró como inspector de policía hasta el día 30 de septiembre de 1991, incurriendo en la inhabilitación prevista por el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986.

Con base en lo anterior, es nula su elección como concejal de Villavicencio.

Por último, el señor Jairo Iván Frías Carreño laboró como secretario de Planeación Departamental hasta el día 30 de diciembre de 1991, razón por la cual estaba habilitado para aspirar al cargo de concejal, ya que dentro de los seis meses anteriores a la elección se desempeñó como empleado oficial.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que deben prosperar las peticiones de la demanda, en cuanto hace referencia a declarar la nulidad de la elección de los señores Franklin Germán Chaparro, Edilberto Baquero Sanabria y Jairo Iván Frías Carreño como concejales del municipio de Villavicencio.

Por último, no considera la Sala oportuno decretar un nuevo escrutinio para ocupar las vacancias decretadas, ya que el artículo 261 de la C. N. establece un procedimiento diferente para cubrir las faltas absolutas, por lo cual las restantes súplicas de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría Delegada de lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. *Revócase* la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, fechada el 20 de octubre de 1992. En su lugar se dispone:

Declárase la nulidad de la elección de los señores Franklin Germán Chaparro, Edilberto Baquero Sanabria y Jairo Iván Frías Carreño, como concejales del municipio de Villavicencio (Meta).

2. *Deniéganse* las restantes súplicas de la demanda.

3. *Dése* cumplimiento al artículo 261 de la C. N.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Mirén de La Lombana de M.*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C.; marzo 19 de 1993.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número 0821.

Actores: Hildebrando Ortiz Lozano y otro.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir los recursos de apelación propuestos contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Las demandas

A) El ciudadano Hildebrando Ortiz Lozano en ejercicio de la acción pública electoral, en libelo oportunamente corregido, demandó la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró elegido Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D. C., al doctor Jaime Castro para el período legal comprendido entre el 1 de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994, y que en consecuencia se ordena la cancelación de la respectiva credencial y se fijará fecha para realizar nuevas elecciones.

En el mismo capítulo de los fundamentos de hecho, intercala el demandante el concepto de la violación, que la Sala resume así:

1. Que el día 13 de diciembre de 1991, la Registradora Nacional del Estado Civil expidió la Resolución número 4777 señalando que, entre el miércoles 8 de enero de 1992 y el viernes 17 de los mismos mes y año, debía efectuarse la inscripción de cédulas de los votantes para las pasadas elecciones del 8 de marzo de 1992, determinación que al cerrar ilegalmente el plazo para dicha inscripción, negó a decenas de miles de ciudadanos el derecho a elegir, violándose en esta forma los artículos 40 de la Constitución que permite elegir y ser elegido y 19 de la Ley 96 de 1985 que autoriza la inscripción de

cédulas en otro lugar. Considera que de haber podido votar las personas que no pudieron inscribirse...el alcalde hubiera podido ser otro diferente de Jaime Castro Castro.

Sin embargo, lo más verídico es que se prevaricó con tal resolución y se negó el debido proceso a las elecciones para alcalde por Santafé de Bogotá celebradas el 8 de marzo de 1992, lo cual tipifica fraude procesal. (Fl. 2 Expediente 2357).

2. Que el 21 de febrero de 1992, cuando estaba cerrada la inscripción de cédulas, el Congreso de Colombia expidió la Ley 02 por la cual se dictaron algunas disposiciones en relación con las elecciones del 8 de marzo de 1992, en cuyo artículo 1 se estableció como premisa para votar en esa fecha que quien lo haga declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio, so pena de incurrir en las sanciones legales.

Considera el actor que esta norma niega el derecho a elegir ...a todos aquellos *vagos, viajeros, residentes de hoteles y pensiones, y en general a todos aquellos que no podían comprobar en un sitio fijo dentro del respectivo municipio*, y que *por temor de ir a la cárcel* al no poder comprobar su residencia en dicho municipio tuvieron que abstenerse de votar... (fl. 3), por lo que estima infringido el artículo 29 de la Constitución que garantiza el debido proceso en todos los actos administrativos, puesto que las elecciones debieron realizarse con plenas garantías. Según el actor, este delito se llama prevaricato y constreñimiento legal, aparte de configurar un fraude procesal o fraude electoral.

3. Que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 transitorio de la Carta Política, la nueva ciudad de Santafé de Bogotá Distrito Capital no tiene un marco jurídico y menos electoral, por tanto *ningún ciudadano votó legalmente*, si al dorso de su cédula, *no estaba inscrito* en Santafé de Bogotá Distrito Capital... (fl. 3), y no pueden ser válidos ni contabilizados los votos puesto que las leyes y condiciones bajo las cuales se inscribieron los ciudadanos eran totalmente diferentes ya que no resulta lo mismo ser bogotano que ser santafereño...y *ningún bogotano lo será* hasta que se le *asignen* sus derechos y *su ciudadanía* (fls. 3 y 4). Afirma que se cometió violencia y fraude electoral según el artículo 250 del Código Penal, sin perjuicio de las demás violaciones a los artículos 3, 13, 29, 40, 84, 98, 99, 258 de la Constitución y sus artículos 41 y 54 transitorios.

4. Que el artículo 5 de la Ley 02 de 1992 ordena que los candidatos a Alcalde deben presentar un programa de gobierno al momento de la inscrip-

SECCION QUINTA

ción de su candidatura, el cual harán conocer públicamente y que si no lo presentan la inscripción se reputa nula. Considera el accionante que con esta medida el Gobierno obligó a los candidatos a ofrecer a los electores un programa sin garantía de poder cumplirlo, tipificándose el delito de Concusión por cuanto ...unos funcionarios oficiales, abusando de su cargo o de sus funciones, *constrinieron* o indujeron a los candidatos a Alcalde, *a dar y prometer a terceros, algo que no tenían y que no estaban seguros de cumplir*. En este caso los terceros eran *el pueblo*, al cual *se le engañó* y se le *defraudó* (Fl. 4).

Estima infringido el artículo 13 de la Constitución Nacional que reconoce el derecho de igualdad de todas las personas, las cuales deben gozar de las mismas oportunidades. Señala como violada la imparcialidad de que habla el artículo 3 del C.. A., pues mientras al candidato oficial le otorgaron todas las garantías y se respaldó su programa con dinero y apoyo político, a los demás candidatos se les obligó a mentirle al pueblo y a arriesgarse a ir a la cárcel porque no podían cumplir su programa de gobierno.

5. Que la Ley 02 de 1992 en sus artículos 7 y 8, autoriza al Registrador Nacional del Estado Civil para incorporar sumas del presupuesto ordinario a la fiducia y contratar directamente, y ordena al Gobierno financiar, para las elecciones del 8 de marzo de 1992, las campañas de los partidos y movimientos políticos representados en el Congreso, y a los candidatos, que se presenten para tal evento electoral. Considera el actor, de conformidad con la Constitución, que es perfectamente clara en los aspectos de erogaciones y dinero, no se podían adjudicar ni permitir a un funcionario público el manejo directo o la libre incorporación de sumas del presupuesto ordinario a la fiducia prescindiendo de las normas de contratación, y que la citada ley cuando ordena financiar a los partidos y movimientos políticos y a los candidatos, viola el artículo 109 de la Constitución que, si bien permite la financiación de las campañas de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica en cuanto a los candidatos, no exige que pertenezcan a partido alguno para inscribirse y participar en las elecciones, por ser la postulación uninominal. Que el delito que se cometió con tales actos tiene dos nombres: el de peculado y el de apropiación oficial diferente; y que, además, el Gobierno quebrantó los artículos 3, 13, 14, 29, 40, 84, 267, 277 y 355 de la Constitución.

6. Que el Presidente de la República, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República, desconocieron lo ordenado en el artículo 34 transitorio de la Constitución incurriendo en el delito de prevaricato, por cuanto dicha norma ordena que en un plazo no mayor de 8 días a la

promulgación de la Carta, el Presidente designa un ciudadano que tenga la función de impedir el uso de los recursos provenientes del tesoro en campañas electorales que se efecten en el término indicado, exceptuando aquellas que tengan lugar conforme a la Constitución y a la ley, y es fácil entender que no ha habido un debido proceso administrativo en las elecciones puesto que se han hecho gastos que no debían hacerse y se ha evitado deliberadamente su vigilancia.

... Con estas irregularidades en contra de 16 candidatos a Alcalde y con una clara *imparcialidad* (sic) en favor del señor Jaime Castro, se eligió Alcalde para Santafé de Bogotá Distrito Capital, *la ciudad fantasma*, con un Alcalde *real, elegido* por unos ciudadanos *fantasmas*, que *nunca* se inscribieron para votar en Santafé de Bogotá Distrito Capital. (Fl. 5).

7. Que luego de unos comicios desprovistos de garantías y derechos para los testigos electorales se hicieron los escrutinios, donde la Comisión Escrutadora Distrital, sin el debido proceso, sin previo aviso ni notificaciones a los candidatos y a los partidos, y sin la presencia legal de los claveros y delegados electorales, emitió el 14 de marzo de 1992 una providencia con resultados parciales de los escrutinios en formularios E-28, negando los reclamos y apelaciones de los testigos electorales, acto que al ser declarado nulo por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, suministró la prueba de la inexistencia de un debido proceso, lo cual obliga a la nulidad total del acto ... porque así lo ordena el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, que en su numeral 4 exige la *nulidad*, y también en los numerales 2, 3 y 5 del mismo artículo. (Fl. 8).

8. Que los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral extraña e inesperadamente decidieron retractarse de su decisión y comenzaron a recibir reclamos como si nada hubiera pasado, peor aún, negaron todas las impugnaciones desconociendo que las apelaciones deben ser concedidas en el efecto suspensivo ante el Consejo Nacional Electoral de conformidad con el artículo 193 del Decreto 2241 de 1986, y con esta actitud los mencionados Delegados no sólo cometieron prevaricato por omisión sino que declararon la elección de Alcalde, basados en falsas motivaciones.

En el acápite de las disposiciones violadas cita el demandante los artículos 3, 13, 14, 29, 54, 84, 98, 99, 109, 258, 267, 277, 322, 375, 377 de la Constitución y 34, 41 y 54 transitorios de la misma; los artículos 15 y 19 de la Ley 96 de 1985, artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, artículos 149, 150, 249 y 250 del Código Penal y artículo 193 del Decreto 2241 de 1986.

SECCION QUINTA

El demandado doctor Jaime Castro Castro, por conducto de apoderado previamente constituido, contestó la demanda en escrito visible a folios 62 a 64, observando que el actor parece indicar que fue la Ley 02 de 1992 la que infringió otras normas, lo cual es inaceptable. Que del confuso concepto de la violación y de los hechos expuestos no es posible deducir infracción de las normas, y que no fueron citadas por el accionante ninguna de las causales de nulidad que son taxativas, las que tampoco encajan dentro de los conceptos expuestos por el actor, por lo que estima que las súplicas de la demanda no pueden prosperar.

B) El doctor Jaime Rafael Pedraza en su propio nombre e igualmente en ejercicio de la acción pública electoral, demanda la declaratoria de nulidad de la elección del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá efectuada el 8 de marzo de 1992, la cancelación de la respectiva credencial y la convocatoria mediante orden al Gobierno Nacional de nuevas elecciones, conforme al artículo 129 del Código Electoral.

Subsidiariamente, en el evento de no ser declarada la nulidad, solicita se disponga que el doctor Jaime Castro Castro no puede ejercer el cargo de Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá Distrito Capital, ...por cuanto tal Distrito no ha sido reglamentado en su régimen político, fiscal y administrativo porque lo declararon elegido simplemente Alcalde y no Alcalde Mayor. (Fl. 7 Expediente 2340).

Los fundamentos facticos que aduce en la demanda se sintetizan así:

1. Que constituye un hecho público y notorio que el 8 de marzo de 1992 se llevaron a cabo los comicios para elegir Alcalde y Concejales en todo el país.

2. Que conforme al artículo 19 de la Ley 19 de 1985, el término para cerrar la inscripción de cédulas vencía un mes antes de las elecciones, o sea, el 8 de febrero de 1992, pero el Registrador, arbitrariamente, ordenó su cierre el 17 de enero de 1992.

3. Que no se dio cumplimiento al artículo 8 de la Ley 6 de 1992 sobre instalación, tres meses antes de la elección, de una mesa de información para exhibir el listado de los números de las cédulas de ciudadanía que integran el censo electoral y se omitió su publicación en los diarios de circulación nacional y regional.

4. Que las tarjetas electorales no fueron impresas en papel de seguridad conforme lo ordena el artículo 258 de la Constitución.

5. Que fue irregular el procedimiento empleado por el Registrador y quienes lo acompañaron en la elaboración de los escrutinios y expedición de las credenciales, según lo expresaron los Delegados del Consejo Nacional Electoral en el Acta General del Escrutinio, pero que, a sabiendas de ello, tales Delegados decidieron convalidar la actuación que se cumplió en desarrollo de la actividad desplegada por la Comisión Escrutadora Distrital, únicamente en cuanto se refiere a que sus actuaciones no fueron materia de nuevas reclamaciones.

6. Que las credenciales del Alcalde Mayor, de los Concejales y de los Ediles fueron expedidas antes de efectuarse los escrutinios generales; y sin haberse resuelto los pedimentos de diversa índole se declaró electo, el 14 de marzo de 1992 al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, no obstante haberse terminado el escrutinio el 17 de marzo siguiente.

7. Que los Delegados del Consejo Nacional Electoral, en la referida Acta, declararon nula la expedición de las credenciales ...por no estar acomodadas a las disposiciones del Código que se han usurpado en una forma grave... (fl. 3).

8. Que el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, creado según el artículo 322 de la Carta Política, no tiene existencia legal por no haberse expedido su ley orgánica como lo dispone la misma norma, por tanto, no se han establecido las calidades e inhabilidades necesarias para ser elegido Alcalde Mayor, ni Concejales, ni Ediles y consiguientemente la inscripción de estos candidatos se hizo a la loca sin sujeción a norma alguna y antes de tiempo.

9. Que se declaró elegido a Jaime Castro como Alcalde del Distrito Capital de Santafé de Bogotá para el período 1992-1994, pero si como está dicho el Distrito Capital de Santafé de Bogotá no existe legalmente, "legalmente, no puede tener Alcalde Mayor en propiedad". (Fl. 4).

10. Que el acta de escrutinios y la declaratoria de elección no expresan que el doctor Jaime Castro haya sido elegido como Alcalde Mayor, sino simplemente como Alcalde.

En el acápite de las normas violadas el actor invoca los artículos 29, 40, 258, 322 y 41 transitorio de la Constitución;

El artículo 78 del Código Electoral, adicionado por el artículo 1 del Decreto 51 de 1986, artículo 88 modificado por el artículo 4 de la Ley 66 de 1988, la Ley 31 de 1969 y el artículo 8 de la Ley 6 de 1990.

SECCIONQUINTA

En el concepto de la violación, se refiere el demandante a las normas constitucionales citadas que señala fueron quebrantadas en forma directa por no haber sido aplicadas, o por haberse actuado en forma contraria a lo establecido en ellas;

Explica que se violó el artículo 29 de la Carta porque el debido proceso que allí se consagra no se cumplió en las elecciones, puesto que se omitió la publicación de los listados, no se respetaron los términos legales de inscripción de votantes, se expidió la credencial antes de haberse hecho los escrutinios y se inscribieron candidatos para las elecciones de Alcalde Mayor, Concejales, y Ediles de un Distrito Capital que no existe, sin haberse reglamentado las calidades, impedimentos y funciones requeridos para dichos cargos.

Considera infringido el artículo 40 *ibidem* que consagra el derecho a elegir y ser elegido, porque se restringió arbitrariamente el plazo legal para la inscripción de votantes;

El artículo 258 de la Constitución, porque no se cumplió el requisito consistente en que las tarjetas electorales debían ser numeradas e impresas en papel de seguridad. Y los artículos 322 y 41 transitorio de la misma, porque ponen en evidencia que el Distrito Capital no puede funcionar sin que antes sea dictada la ley orgánica que lo rija ...tan importante que el mismo Constituyente dio dos (2) años de plazo al Congreso para expedirla... (fl. 5).

Estima que también hay violación directa del artículo 78 del Código Electoral complementado con el artículo 8 de la Ley 6 de 1990, porque no se instaló la mesa de información de los listados tres meses antes de las elecciones, ni se ordenó su ... cargos comunes a las demandas, señalando que el consistente en la violación del artículo 40 de la Constitución que consagra el derecho a elegir, no está llamado a prosperar pues al haber expedido el Registrador Nacional del Estado Civil la Resolución número 4777 de 15 de diciembre de 1991 determinando el período para la inscripción de cédulas de votantes para las elecciones del 8 de marzo de 1992, lo hizo con fundamento en las facultades que le confiera el numeral 2 del artículo 26 del Código Electoral en concordancia con lo dispuesto en el Título IV del mismo Estatuto, del cual desapareció la restricción ordenada en el citado artículo 19 de la Ley 96 de 1985. Y por gozar los actos administrativos de presunción de legalidad y constitucionalidad ...en principio no es aceptable un ataque indirecto de la elección invocando ilegalidad de uno de los actos reguladores del proceso de levantamiento del censo electoral como es el acto que delimita el plazo de inscripción de ciudadanos no empadronados al efecto. (Fl. 131).

En cuanto al cargo relacionado con la existencia de un marco jurídico y electoral para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, señaló el Tribunal que se equivocan los libelistas en la interpretación de los mandatos contenidos al respecto en la Constitución de 1991, por cuanto el artículo 322 de la Carta no crea una nueva entidad territorial o circunscripción electoral y menos borró de plano la normatividad existente en el Distrito Especial, pues al ser cambiado su nombre sólo se ordenó reorganizar como Distrito Capital. Que en materia electoral se ha regido por las mismas normas establecidas para el resto del territorio nacional compiladas en el Decreto 2241 de 1986 y leyes posteriores que lo adicionaron o modificaron, las que continúan vigentes. Y que la ley que el Constituyente ordenó dictar en relación con la organización política de la entidad territorial, su régimen fiscal y administrativo, es asunto que no interfiere con la organización electoral prevista para la elección de funcionarios en cargos de elección popular.

Observó que el Alcalde de la Capital de la República se denomina Alcalde Mayor por disposición del artículo 15 del Decreto 3133 de 1968...de modo que la declaratoria de elección no puede acusarse de viciada porque se agregue ese adjetivo legalmente permitido y anunciado además en varios preceptos del capítulo 4 del título XI de la Carta dedicada al régimen territorial. (Fl. 134).

En cuanto a la violación de los artículos 29 y 40 de la Constitución por la Ley 02 dictada por el Congreso de la República, en cuyo artículo 1 se negó el derecho a votar a quienes no pudieron probar residencia, precisa el Tribunal que esta acusación indirecta de la declaratoria de elección no puede prosperar porque no está dirigida a configurar una de las causales de nulidad previstas en la ley; y porque el análisis que hace el actor gira alrededor de una hipótesis improbable, como es la de que todos aquellos que no pudieron votar habrán decidido la elección a favor de otro candidato.

En lo atinente al cargo dirigido a la violación del artículo 13 de la Carta por el artículo 5 de la Ley 02 de 1992, referente a la obligación que tienen los candidatos a la Alcaldía de presentar un programa, encuentra el *a quo* que tampoco en este caso se configura una causal de nulidad electoral, y que carecen de sustento probatorio las afirmaciones hechas por la parte actora en torno al apoyo excluyente que se le dio al candidato que resultó elegido.

En cuanto al hecho de no haber nombrado el Veedor del Tesoro en el plazo estipulado en el artículo 34 transitorio de la Carta, estima el Tribunal que este cargo es incoherente, pues nada tiene que ver su nombramiento con la inscripción uninominal y la financiación a los partidos y movimientos políticos

SECCION QUINTA

representados en el Congreso frente a las causales de nulidad electoral. Y respecto del examen de la presunta inconstitucionalidad de la Ley 02 de 1992, dice que no es materia susceptible a ser debatida en esta clase de procesos.

En relación con el artículo 29 de la Constitución, referente al derecho al debido proceso, indica el *a quo* que puede ser causal de nulidad electoral cuando dejan de observarse los mandatos de la ley electoral en forma tal que se vicie la elección; pero en el proceso acumulado la parte actora no expresó la causal de nulidad electoral que siendo concordante con el debido proceso pudiera originarse, siendo, por tanto, insuficiente el concepto de violación para estudiar en profundidad el cargo amén de que ninguno de los documentos allegados demuestra su inobservancia, respecto a la elección del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá.

En cuanto a la expedición de la credencial el doctor Jaime Castro Castro elegido Alcalde, señala el *a quo* que ...es claro que la comisión escrutadora estaba facultada para expedirla, pues como quedó visto ninguna reclamación ni presentada ni pendiente impedía que el ejerciera (sic) la facultad otorgada por el Código Electoral en el artículo 166, según el texto reformado por el artículo 12 de la Ley 62 de 1988. (Fl. 39).

Respecto al hecho de que las tarjetas electorales no se imprimieron en papel de seguridad, dice el Tribunal que lo ordenado textualmente por la norma es que dicha impresión se realice en papel que ofrezca seguridad, lo cual resulta diferente de lo planteado por la parte actora.

En lo relacionado con el incumplimiento de la obligación a cargo de la administración electoral, expresa el *a quo* que ...no conduce a sancionar de nulidad la elección por sí sola, ya que por la forma en que se plantea el cargo, implica negación indefinida que le correspondería probar en contrario a dicha administración y no a la persona elegida, pues ella no puede soportar una carga del Estado, so pena de hacer imposible la demostración de validez del proceso electoral cuando ella no es parte activa de la organización electoral y por el contrario debe ser ajena a la misma. (Fl. 140).

Finalmente, con respecto a la petición subsidiaria señala que los hechos en que se apoya ya fueron materia de análisis.

LA IMPUGNACION

Contra la providencia anterior los accionantes interpusieron sendos recursos de apelación argumentando en síntesis lo siguiente:

1. El ciudadano Hildebrando Ortiz Lozano manifiesta no estar de acuerdo con la providencia del Tribunal por considerar que no se tuvieron en cuenta muchos de los *hechos y razonamientos en derecho* que expuso en su demanda, con desconocimiento de los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo y 305 del Código de Procedimiento Civil, referentes a la congruencia que debe existir entre la sentencia y lo que se demanda. Dice que no obstante haber citado las causales de nulidad establecidas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, los Magistrados del Tribunal niegan la mención que hizo del numeral 4. Afirma que acomodan sus palabras y tergiversan sus acusaciones con el propósito de amañar sus sustentaciones. Manifiesta, que *el a quo* omitió pronunciarse sobre lo referente a la Comisión Escrutadora Distrital porque se eligió a Jaime Castro y se le expidió la credencial desde el 14 de marzo de 1992 sin haber concluido los escrutinios. Que también los Magistrados del Tribunal omitieron *juzgar y pronunciarse* sobre cada uno de los delitos de que acusa al señor Presidente de la República por la violación del artículo 34 transitorio de la Constitución.

Solicita respetuosamente que se averigüe si la doctora Beatriz Martínez, Magistrada Ponente, de la Sala del Tribunal Administrativo y la Procuradora Décima, están impedidas para juzgar al Presidente de la República por falta de fuero.

Asegura que los Magistrados del Tribunal tenían la obligación de decidir en derecho sobre la inconstitucionalidad ...por haber sido expedida y *aplicada con retroactividad*, desde el día 21 de febrero del año 1992, *fecha posterior al cierre de inscripción de candidaturas para las elecciones del día (8) de marzo de 1992, y que para tales elecciones los candidatos nos dieron plazo de inscripción hasta el día (4) de marzo de 1992.*

Dicha ley fue expedida *posteriormente* al 4 de febrero, *pero nos fue impuesta y obligada a cumplir* a todos los que *ya estábamos inscritos desde el día 4 de febrero y no teníamos opción de escoger.* (Fl. 155).

Reitera sus afirmaciones en el sentido de que la mencionada Ley 02 de 1992 violó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución. Advierte que tanto la Sala del Tribunal como la Procuradora omitieron pronunciarse sobre el delito de concusión originado por el artículo 5 de la Ley 02 de 1992 que obligó a los candidatos a la Alcaldía a presentar un programa de gobierno. Opina que es muy grave que un grupo de magistrados falseen lo escrito en la Constitución como lo han hecho en la página 17 de la sentencia recurrida, al sustituir la palabra organiza prevista en el artículo 322 de la Carta por el término

SECCIONQUINTA

reorganiza. Que no existe una ley que haya creado en forma específica la ciudad de Santafé de Bogotá, Distrito Capital.

Que el mismo doctor Jaime Castro Castro reprobó a la Asamblea Nacional Constituyente cuando se refirió a la limitación de sus funciones, lo cual prueba que la Asamblea no tenía competencia para crear o suprimir ciudades o municipios, y el nombre de Santafé de Bogotá apareció en el artículo 322 de la Constitución como un proyecto sin reglamentar y sin vigencia.

Que como le gusta dejar claro lo que afirma, adjunta el folleto repartido por Jaime Castro en cuya portada se lee claramente: "Así es, así será Bogotá Distrito Capital, y sólo dos veces, en el mismo, se hace mención al nombre de Santafé de Bogotá. Que el programa que presentó este candidato lo fue para Bogotá, por lo cual su inscripción estuvo viciada de nulidad.

Para corroborar sus afirmaciones, transcribe apartes de lo expuesto en el referido folleto.

Tampoco está de acuerdo el recurrente con la Sala del Tribunal en cuanto a que el Distrito Especial nunca tuvo normas diferentes de las vigentes para el resto del territorio nacional, porque el artículo 322 de la Carta menciona un régimen especial para la nueva Santafé de Bogotá.

Acepta que el artículo 19 de la Ley 96 de 1985 fue derogado por la Ley 6 de 1990, pero aduce que el artículo 6 *ibidem* ordena suspender con cuatro meses de anticipación al día de las elecciones la preparación de cédulas, norma que, dice, ha sido inobservada por el señor Registrador.

Pregunta cuáles son las ramas del poder público que rigen lo electoral y si las disposiciones que expide el Consejo Nacional Electoral pueden violar los preceptos constitucionales.

Que es bien sabido y fácil de comprobar que al Distrito Capital lo hicieron aparecer en las elecciones del 8 de marzo de 1992 con 20 zonas y tan sólo un promedio de 10 zonas reúnen el requisito de una población de 300.000 habitantes, hecho que, asegura, prueba que las elecciones fueron efectuadas ilegalmente... *violando* lo ordenado por la Ley 01 de 1992, y que *anularán completamente la contienda electoral...* (fl. 159).

Solicita que sean leídas las hojas 1 y 2 de su demanda para que sea contestada o resuelta en derecho la pregunta siguiente:

Es diferente ser bogotano que ser Santafereno. (Fl. 159).

Informa como hecho gravísimo que los magistrados y la Procuradora Décima omitieron pronunciarse sobre la prueba que se anexó oportunamente referente al hecho de haber sido declarada nula por los Delegados del Consejo Nacional Electoral la expedición de credenciales, circunstancia que comprueba que la elección de Jaime Castro es nula puesto que se declaró antes de concluir los escrutinios generales.

Que lo denunciado en su demanda, en el alegato de conclusión y en el memorial de apelación, de conformidad con las pruebas anexas debidamente sobre la elección anticipada de Jaime Castro y la adulteración de documentos luego de haber sido firmados por las corporaciones que los expidieron, ...se ajustan perfectamente a lo requerido por las causales de *nulidad* contempladas principalmente en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, y comprueban que no hubo un *debido proceso* como lo ordena el artículo 29 de la Constitución Nacional, que es *norma superior* y debe acatarse. (Fl. 160).

2. El profesional en derecho Jaime Rafael Pedraza, por su parte, sustenta la alzada argumentado que las demandas de nulidad de los escrutinios y elección del Alcalde de Santafé de Bogotá deben estudiarse no solamente a la luz del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo sino, como todo proceso, conforme a los mandatos de la Constitución y a los principios generales de Derecho.

Señala que las nulidades que el Legislador enumera en el citado artículo 223 no son las únicas del proceso electoral, porque el artículo 225 *ibidem* enuncia otras ...y en otras leyes hay (sic) más: por ejemplo, las enumeradas en la demanda: las contempladas en los artículos 185 del Código Electoral y las del 264 del Código de Procedimiento Civil pero por encima de todas esas nulidades legales y (sic) de muchas más, están las *nulidades constitucionales*, esto es, las que se generan por violación de un precepto constitucional... (Fl. 163).

Se refiere luego al derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, el que debe llevarse a cabo observando la plenitud de las formas que le son propias para evitar la arbitrariedad de los jueces y de las partes. Por consiguiente, la primera obligación del juez al dictar la sentencia es examinar si se cumplen las nulidades constitucionales. Señala que: "No es honesto escudarse en una enumeración taxativa de nulidades legales en un proceso especial, para no pronunciarse sobre las *nulidades*

SECCION QUINTA

constitucionales..." (fls. 163 y 164), y que en los procesos electorales las actas de los funcionarios públicos son el núcleo del debate.

Que al expediente se allegaron actas suscritas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral que narran las gravísimas irregularidades ocurridas en los escrutinios y en la elección de Alcalde, en razón de lo cual se declararon nulas.

...Además quien se tome el trabajo de leerlas —y su lectura es obligación de los honorables magistrados para proferir su sentencia— podrá asombrarse al constatar que el Alcalde, los Concejales y los Ediles se proclamaron electos antes de efectuarse las elecciones... (Fl. 164).

Agrega que como aún no se ha dictado el estatuto orgánico de Santafé de Bogotá Distrito Capital, éste no existe legalmente y es obvio que no se puede elegir ni el Alcalde Mayor, ni los Concejales, ni los Ediles del Distrito Capital, porque ni siquiera se sabe cuáles son los requisitos para elegirlos, ni las funciones que les corresponden.

Por último, observa, que los magistrados del Tribunal olvidaron que la sentencia termina con la fórmula administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y señala que por muy ilustres que sean estos funcionarios, no tiene autoridad de administrar justicia en su propio nombre... como en este caso prepotentemente lo hicieron... (Fl. 166).

EL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, concepta que se debe confirmar la sentencia recurrida.

Precisa, ante todo, que la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral tiene lugar cuando los hechos en que se apoya configuran alguna de las causales consagradas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, las cuales conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado son taxativas y de interpretación restrictiva.

Bajo estos parámetros estudia los cargos aducidos por los actores y encuentra que los hechos sustentatorios de los mismos no encajan en ninguna de las causales de nulidad previstas en la norma citada.

Considera en cuanto a la Resolución número 4777 de 13 de diciembre de 1991 que fue proferida por el Registrador del Estado Civil en uso de sus

facultades legales, y que si los accionantes no estaban de acuerdo con lo dispuesto en ella por estimar que es violatoria de la Constitución Nacional, debieron demandar la nulidad de la misma y no aducir este hecho como causal de nulidad del acto de elección, porque no está previsto como tal.

Que conforme a lo dicho por el Tribunal de Primera Instancia, el artículo 322 de la Constitución no creo un nuevo ente territorial ni una nueva circunscripción electoral cuando cambió el nombre a la capital de la República, aunque con un nuevo régimen político, fiscal y administrativo, pero sujeto a la legislación electoral vigente, hecho que tampoco configura causal de nulidad.

Que la circunstancia de que el artículo 1 de la Ley 02 de 1992 niegue el derecho a votar a quienes ni pudieran comprobar su residencia en el Distrito Capital, no encaja en las causales de nulidad previstas como tampoco las supuestas violaciones de los artículos 13 y 29 de la Constitución por el artículo 5 de la Ley 02 de 1992, observando que si tales disposiciones se consideran violatorias de la Constitución, deben ser demandadas a través de la acción pertinente.

Y que en cuanto a la violación del debido proceso por no cumplirse con el requisito de publicar los listados, expedirse las credenciales sin haber realizado los escrutinios ni resolverse los pedimentos de diversa índole, inscribirse candidatos a cargos en el Distrito Capital, entidad que legalmente no existe, no imprimirse tarjetas electorales en papel de seguridad y no darse cumplimiento al artículo 8 de la Ley 6 de 1990 sobre instalación de una mesa de información electoral con exhibición de los listados de cédulas de ciudadanía integrantes del censo electoral, considera que ninguno de estos hechos está incluido como causal de nulidad en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES

Agotado como está el trámite en esta segunda instancia, procede la Corporación a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Conforme a lo expuesto en las demandas, se pide la anulación del acto de elección de Alcalde de Santafé de Bogotá, D. C., recaída en el doctor Jaime Castro Castro y, consecuentemente, la cancelación de su credencial y convocatoria a nuevas elecciones. En subsidio, solicita uno de los accionantes que se disponga que el doctor Jaime Castro no puede ejercer el cargo para el cual se ha sido elegido.

SECCION QUINTA

Como cuestión preliminar conviene dejar claramente establecido que esta Sección Quinta se limitará a estudiar y a definir los recursos de apelación que se han instaurado contra la decisión del *a quo* en consonancia con el texto de los libelos demandatorios y las respectivas contestaciones de las demandas, por cuanto no es del resorte del juez administrativo fallar extra o ultra petita, por lo que su examen se contraerá exclusivamente a los cargos planteados en las demandas.

Conviene, de la misma manera, una aclaración previa de la discusión que se ha presentado en el *sub lite*, referente al tema de las nulidades que dan lugar a invalidar los actos por medio de los cuales se declara una elección.

Teniendo en cuenta que el propósito de la legislación electoral está encaminado a proteger el derecho al sufragio expresado por los ciudadanos en forma libre y espontánea con el fin de asegurar que los escrutinios reflejen el resultado exacto de la voluntad del elector manifestada en las urnas, se han establecido formalidades y requisitos de diversa índole en cuanto al voto, a su contabilización, a las calidades y causas de inelegibilidad de los candidatos a cargos de elección popular, a la declaratoria de elección, etc., que de no observarse dan lugar a consecuencias diferentes, de acuerdo con las características de la omisión.

Establecidos por el Legislador una serie de hechos que por su gravedad consideró necesario darles alcance y potencialidad suficiente para anular los actos de elección por la vía de la jurisdicción contencioso administrativo, consagró al efecto causales expresas de restrictiva interpretación, las cuales se encuentran específicamente señaladas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo con las modificaciones introducidas por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 y por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, en los siguientes términos:

Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.
2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.
3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que la expiden.

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República.
5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser elegidos.
6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos, en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante y reiterativa en señalar que la acción pública electoral sólo puede prosperar cuando se configura y logra probarse uno de los hechos erigidos en causales de nulidad por el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, pues su naturaleza limitativa y su aplicación restrictiva descarta toda interpretación analógica. Así mismo ha señalado, la misma jurisprudencia, que no toda irregularidad en el proceso electoral produce nulidad. Únicamente la generan los vicios erigidos por la ley como tales. De ahí que no corresponde al juez administrativo crear o declarar nulidades no establecidas por el legislador so pretexto de invocar el espíritu de la Constitución o de otras leyes, pues tal determinación es a todas luces injurídica y contraria al ordenamiento legal vigente.

Otro aspecto que amerita tenerse en cuenta en el *sub examine*, dice relación a las diferentes acciones previstas por la ley según la naturaleza de la pretensión, sujeta cada una a procedimientos preestablecidos, que son de orden público y estricto cumplimiento, razón por la cual no pueden ser acondicionados a la voluntad del juez o de las partes. Con esto se quiere resaltar que por la vía de la acción electoral no puede lograrse una definición sobre la inconstitucionalidad de una ley, por no ser función propia de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de la Corte Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 241 numeral 4 de la Carta Política. Y si lo que realmente se persigue es la declaratoria de nulidad de un acto administrativo distinto de los emanados de las corporaciones electorales (arts. 223, 227 y 228 del C. C. A.) deberá recurrirse a las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, consagradas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

SECCION QUINTA

En cuanto a la referencia de las normas penales que hace el demandante Hildebrando Ortiz Lozano en su libelo, cuya aplicación escapa a la jurisdicción contencioso-administrativa, es pertinente hacer notar que tiene expeditas las vías para acudir ante la jurisdicción penal ordinaria, asumiendo las obligaciones y responsabilidades correspondientes.

Hechas las anteriores precisiones, y no observándose causal alguna de nulidad que pueda invalidar la actuación en este proceso, se procede a revisar la sentencia apelada y a establecer su congruencia con los fundamentos fácticos, con el derecho, con el concepto de violación y las pretensiones de la demanda, factores que delimitan el marco de decisión del juzgador y que, aún tratándose de la acción electoral de carácter popular, no puede rebasar.

Como ya esta Sala lo advirtió, en los libelos demandatorios algunos de los cargos formulados son los mismos, por lo cual es procedente referirse a ellos en forma conjunta y primordial, haciendo un breve recuento de cada uno, para su mejor comprensión.

Primer cargo

Afirman los accionantes Hildebrando Ortiz Lozano y Jaime Rafael Pedraza en los hechos 3.1 y 2 de sus respectivas demandas, que la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución número 4777 de 13 de diciembre de 1991, arbitrariamente ordenó el cierre de la inscripción de cédulas el 17 de enero de 1992 negando el derecho a votar en las elecciones del pasado 8 de marzo a miles de ciudadanos que, de haberse inscrito, habrían elegido a otro candidato.

Ambos impugnantes consideran transgredidos los artículos 40 de la Constitución que consagra el derecho a elegir, y 19 de la Ley 96 de 1985, según el cual, en ningún caso, podrá cerrarse la inscripción de cédulas con más de un mes de anticipación a la fecha de las elecciones.

Pese a que ninguno de los demandantes puntualiza la causal de nulidad que constituye el supuesto vicio, lo cual sería suficiente para desestimar el cargo, la Sala advierte sobre este aspecto de la acusación en el sentido de que a la luz del artículo 40 de la Constitución, es indiscutible el derecho que todo ciudadano tiene a elegir, pero esta capacidad está sujeta a un sistema de organización que garantice su efectividad. El acto del Registrador, plasmado en la citada Resolución número 4777 mediante la cual dispuso que para facilitar el derecho al sufragio la inscripción de cédulas tendría lugar entre el miércoles 8 de enero de 1992 hasta el 17 de enero de 1992, no equivale a privar arbitrariamente a los ciudadanos del ejercicio al sufragio. En realidad, según

el artículo 266 de la Carta, la determinación de las funciones del Registrador Nacional del Estado Civil las señala la ley, incluida la dirección y organización de las elecciones, atribución que tiene asignada en el numeral 2 del artículo 26 del Código Electoral. Como bien lo observa *a quo*, en la providencia recurrida, ...al dictar la Resolución del 13 de diciembre de 1991, el Registrador Nacional del Estado Civil no pudo haber limitado el ejercicio al derecho al sufragio con infracción del artículo 40 de la Carta, pues con la Resolución número 4777 no hizo sino cumplir con la ley. (Fl. 130).

También acierta el Tribunal cuando señala que no existe en la reglamentación actual la restricción contemplada en el artículo 19 de la Ley 96 de 1985 invocada por los libelistas, porque esta norma introducida en el artículo 84 del Decreto 2241 de 1986, perdió vigencia en virtud de su derogación expresa por el artículo 14 de la Ley 6 de 1990.

Respecto de las imputaciones que se hacen en el sentido de que se privó a miles de ciudadanos de su derecho a votar y que por tal razón otro habría sido el candidato elegido, es oportuno anotar que no hay ningún cargo concreto en cuanto se refiere a la elección de Alcalde para Santafé de Bogotá. Y, como por otra parte se ignora, porque no se tiene ningún dato, el número de ciudadanos que supuestamente no pudieron votar, se concluye que carece la Sala de materia para estudiar estos aspectos. En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo

En los hechos 3.3 y 9, en su orden, de las demandas de Hildebrando Ortiz Lozano y Jaime Rafael Pedraza, se afirma que la ciudad de Santafé de Bogotá Distrito Capital no existe legalmente, porque no se ha dictado su ley orgánica, como lo dispone el precepto constitucional que la crea.

Según opinión de Ortiz Lozano no es lo mismo ser bogotano que ser santafereño, quien además señala que ninguna norma ha autorizado a las personas inscritas en Bogotá para votar en la nueva circunscripción. Por tanto no pueden ser válidos ni contabilizados los votos de aquellos ciudadanos que no estaban inscritos para votar en Santafé de Bogotá, Distrito Capital, pues las leyes y condiciones bajo las cuales se inscribieron eran totalmente diferentes.

El accionante Hildebrando Ortiz Lozano estima infringidos los artículos 3, 13, 29, 40, 84, 98, 99, 258 y los transitorios 41 y 54 de la Carta Política, sin explicar en qué consiste su violación. Por su parte, Jaime Rafael Pedraza aduce la infracción a los artículos 322 y 41 transitorio de la Constitución, porque,

SECCION QUINTA

dice, tales normas ponen en evidencia que el Distrito Capital no puede funcionar sin que antes se dicte la ley que lo reglamente.

Con relación a este cargo, el Tribunal consideró lo siguiente:

“Se equivocan los libelistas en la interpretación de los mandatos sobre el Distrito Capital contenidos en la Carta de 1991, pues, de una parte, el artículo 322 no crea una nueva entidad territorial ni una nueva circunscripción electoral y menos borró de plano la normatividad vigente en el Distrito Especial que al ser cambiado su nombre se ordenó reorganizar como Distrito Capital.

Ocurrió pues un rebautizo de la capital de la República agregando al nombre indígena de Bogotá el reminiscente y virreinal —poco original y auténtico— de Santafé con nuevo régimen político, fiscal y administrativo, el de Distrito Capital, pero sujeto al régimen electoral vigente claro está, porque es principio doctrinario y jurisprudencial que la Constitución solamente es norma derogatoria de la normatividad que le resulte contraria. Si no existe un nuevo régimen se repite, fiscal, político o administrativo, desarrollado conforme lo previó el artículo 41 transitorio de la Carta, mal puede decirse que el régimen preexistente aplicable al Distrito Especial antes de su rebautizo y reorganización sea opuesto al del Distrito Capital cuyo plazo de expedición aún no se ha cumplido. Lo que aún no existe es inoponible. Y lo que no se opone no ha sido derogado, está plenamente vigente.

Ahora bien, en materia electoral el Distrito Especial nunca tuvo normas especiales diferentes a las vigentes para el resto del territorio Nacional compiladas por mandato del legislador de 1986 en el Decreto 2241 de ese año o Código Electoral, además de las leyes posteriores que lo adicionaron o reformaron.

El censo electoral levantado en el Distrito Especial conforme a dichas disposiciones nacionales, estaba y está vigente mientras esa ley, la de carácter electoral no lo modifique, ya que de otra parte ninguna ley ha dicho ni podría decir que los ciudadanos cedulados en el antiguo Distrito Capital, para continuar ejercitando sus derechos de ciudadanía en la capital de la República deban ser objeto de nueva reseña o inscripción.

La única norma innovadora que trae la Constitución de 1991 al respecto, es el artículo 327 que dispone la no participación de los ciudadanos inscritos en el censo electoral del Distrito Capital en las elecciones de

Gobernador y de Diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca.

El cambio de régimen que se concretará cuando se expidan las normas pertinentes no puede versar sino sobre los aspectos que el constituyente de 1991 en ejercicio de su fuero soberano orden regular, es decir, en el ámbito de la organización política de la entidad territorial, su régimen fiscal y administrativo. Lo electoral aunque relacionado con lo político es distinto y no está subordinado al régimen político, pues está dentro de otra esfera de poder tal y como el mismo constituyente lo reconoció al concederle a las autoridades electorales su propia organización y autonomía, como se evidencia en el Capítulo 2 del Título IX que trata de las elecciones y de la organización electoral.

Por tanto, si el antiguo Distrito Especial en adelante, debe adecuarse para su funcionamiento a las normas que dicte el legislador para el Distrito Capital no es asunto que interfiera o antagonice con la elección de las personas que deban ocupar los cargos de elección popular. (Fls. 132 a 134).

La Sala comparte las reflexiones del Tribunal, por demás juiciosas y acertadas, que se desprenden del mismo artículo 322 de la Constitución.

En efecto, dispone la norma en comento que:

Santafé de Bogotá, capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como distrito capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

La interpretación que hicieron los accionantes del referido precepto no se ciñe rigurosamente a lo establecido en ella, ya que su tenor literal es claro en señalar dos aspectos diferentes. Uno, que Santafé de Bogotá conserva su condición de capital de la República. Otro, que se organiza como Distrito Capital.

Por manera, que a partir del 7 de julio de 1991, fecha de promulgación de la nueva Carta, todo lo concerniente a Bogotá debe entenderse referido a Santafé de Bogotá. Cosa distinta es que pasa de ser Distrito Especial a ser Distrito Capital, y en tal razón para que sea posible su transformación, dispuso el Constituyente que, además de la normatividad incluida en la Carta referente al régimen político, fiscal y administrativo aplicable, se dicten leyes especiales

SECCION QUINTA

pero sólo en cuanto a estos aspectos se refiere, leyes que como lo ordena el artículo 41 transitorio de la misma, debe expedir el Congreso de la República en el término de los dos años siguientes a partir de la promulgación de la Carta, o en su defecto, el Gobierno.

En materia electoral, como claramente lo dijo el Tribunal en la providencia objeto de apelación, la única referencia es la preceptiva del artículo 327 *ibidem*, según la cual, “En las elecciones de gobernador y de diputados a la asamblea departamental de Cundinamarca no participarán los ciudadanos inscritos en el censo electoral del distrito capital”.

En lo demás, tal como lo previene el inciso 2 del citado artículo 322, le son aplicables al Distrito Capital las disposiciones comunes a los municipios.

No comparte, pues, el Consejo de Estado la tesis esbozada por los libelistas en el sentido de que al tenor de las disposiciones por ellos invocadas, no era posible elegir Alcalde Mayor para Santafé de Bogotá sin antes haberse dictado la reglamentación que ordena el precepto constitucional, y mucho menos si se recuerda que de conformidad con la Constitución, siendo aplicables las normas previstas para los municipios, el Alcalde es el Jefe de la Administración local, elegido popularmente para un período de tres años, según el artículo 314 de la Carta, en consonancia con el artículo 19 transitorio *ibidem*.

Con respecto a las demás alegaciones en que se fundamenta el cargo, que se contraen a señalar que no pueden ser válidamente contabilizados los votos de los ciudadanos que en las pasadas elecciones acudieron a las urnas para elegir Alcalde de Santafé de Bogotá, no hay razón ni prueba fehaciente en autos que sirva para desvirtuar la presunción de que quienes participaron en la mencionada contienda electoral lo hicieron legalmente, en su condición de residentes en la Capital de la República y en ejercicio de su derecho a elegir la respectiva autoridad local, conforme al artículo 316 de la Constitución.

En cuanto a si es lo mismo ser bogotano que santafereño, estima la Sala que para los efectos de la cuestión aquí debatida, son equivalentes, y observa, que si bien es cierto que el tantas veces citado artículo 322 de la Carta no alude, de modo expreso, al cambio de gentilicio de bogotano por santafereño, también lo es que de haberlo credo necesario, el Constituyente así lo habría dicho.

De otro lado, el cargo consistente en que para la elección de las autoridades locales en el Distrito Capital debió hacerse un nuevo censo

electoral, sin existir norma que así lo disponga, la Corporación carece de materia para adentrarse en el estudio y decisión de tal aspecto.

Con estos antecedentes, es obvio que no puede estructurarse ningún cargo contra la elección de Alcalde de Santafé de Bogotá y, por tanto, se desecha.

Tercer cargo

Los accionantes Ortiz Lozano, en los puntos 4 y 5 de los hechos de su demanda, y Pedraza Vanegas en los puntos 5, 6, 7 y 8 del mismo acápite de su respectivo libelo demandatorio, formulan el cargo al acto de declaratoria de elección de Jaime Castro Castro, proveniente de la circunstancia de que la Comisión Escrutadora Distrital, no obstante las diversas reclamaciones legalmente hechas por los testigos electorales, sin la presencia de los claveros ni de los candidatos, resolvió, en su oportunidad, emitir una providencia el 14 de marzo de 1992 declarando la elección de Alcalde para Santafé de Bogotá y ordenando expedir la credencial antes de producidos los escrutinios generales, procedimiento que fue declarado nulo por los Delegados del Consejo Nacional Electoral para luego, convalidar lo realizado y, sin que se atendieran las reclamaciones ni se concedieran los recursos de apelación ante el Consejo Nacional Electoral, declarar la elección de Jaime Castro basados en falsas motivaciones.

Según Ortiz Lozano no hubo un debido proceso y ello obliga a la nulidad total del acto ...porque así lo ordena el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, que en su numeral 4 exige la nulidad, y también en los numerales 2, 3 y 5 del mismo artículo. (Fl. 6). En su criterio se violaron los artículos 29 de la Constitución y 193 del Decreto 2241 de 1986.

Por su parte, Jaime Rafael Pedraza estima infringidos los artículos 29 de la Carta Política y 180 del Capítulo quinto del Código Electoral.

Los hechos relatados por los demandantes en los puntos señalados anteriormente, no estructuran en criterio de la Sala, ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo. Son meras irregularidades de orden administrativo que derivaran, alegadas en su oportunidad, a reclamaciones de la misma índole, sin incidencia alguna en el pronunciamiento de fondo del proceso, ya que por virtud del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, modificatorio del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que a su vez modificó el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, se suprimieron como causales de nulidad de las actas de escrutinios de los jurados de votación y de toda corporación electoral las causales de reclamación.

SECCION QUINTA

En tal virtud los cargos señalados por los actores no prosperan, no obstante considerar la Sala que la actuación cumplida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral no consultó las normas que regulan parte del procedimiento electoral, sin que ello constituya, como ya se dijo, causal de nulidad en los términos del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo. Pero estas actuaciones implican la comisión de hechos irregulares en el ejercicio de sus funciones que ameritan una investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación, ya que los Delegados del Consejo Nacional Electoral carezcan de facultades para impedir la expedición de credenciales ya ordenadas y para declarar la nulidad del acto de elección proferido por la Comisión Escrutadora Distrital el 14 de marzo de 1992, de acuerdo con la ley.

A continuación procede la Sala a examinar los demás cargos observando el orden en que fueron planteados en los respectivos libelos demandatorios.

DEMANDA DE HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO

(Expediente número 2357)

Cuarto cargo

En el hecho 3.2 de la demanda, señala el actor que el Congreso de Colombia expidió la Ley 02 de febrero 21 de 1992 en relación con las elecciones del 8 de marzo, estatuyendo en su artículo 1 que se entiende, que quien vote en las elecciones declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio, y si falta a la verdad, incurre en las sanciones legales, interpretando el actor que dicha ley negó el derecho a elegir a todos los vagos, viajeros, residentes de hoteles y pensiones, concluyendo que si se hubiera permitido votar a quienes legalmente podan hacerlo, Jaime Castro no habría sido elegido Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D. C.

Estima que fueron violados los artículos 29 y 40 de la Constitución que respectivamente consagran los derechos al debido proceso y a elegir, y el artículo 15 de la Ley 96 de 1985 que, según dice, autoriza la inscripción de cédulas en otro lugar.

Cita también transgredidos los artículos 3, 13, 84, 98, 99, 258 y 41 y 54 transitorios de la Constitución Política, pero no explica en qué consiste la violación a los mismos.

Entendiendo que se cuestiona el acto de elección sobre la base de este cargo, no resulta probable que pudiera quebrantar las disposiciones citadas. El objetivo del artículo 1 de la Ley 02 de 1992 fue precisamente el de

determinar la conducta que deba cumplir el ciudadano que iba a votar en las pasadas elecciones del 8 de marzo, disposición que, como lo observa el Tribunal de primera instancia, debe ser entendida en consonancia con el artículo 316 de la Carta, que prohíbe a personas no residentes en un municipio votar en las elecciones de autoridades locales.

En esta forma no cabe duda de que se cumple con lo dispuesto por la Constitución al exigir el requisito de la residencia para los sufragantes que participen en la elección de las respectivas autoridades locales, a fin de impedir que con el trasteo de electores de una circunscripción a otra, intervengan en los asuntos de una comunidad a la cual son ajenos, con detrimento de la voluntad real de electorado local, para efectos de asegurar los resultados adecuados a la actividad política de la región.

Por lo demás, resalta el carácter general de las imputaciones, pues no concreta el actor cuántos vagos, viajeros o residentes de hoteles o pensiones, que de ninguna manera pueden constituir la mayoría, podían votar y cuántos dejaron de hacerlo. Consiguientemente ningún estudio puede avanzar la Sala porque el cargo no ha sido verificado. Por tanto se rechaza.

Quinto cargo

Dice el accionante en el hecho 3.4 de su demanda que el artículo 5 de la Ley 02 de 1992 ordena a los candidatos a Alcalde a presentar un programa de gobierno al momento de la inscripción de su candidatura, presumiendo el actor que al dictarse esta norma se defraudó a los electores puesto que se constriñó ilegalmente a los candidatos a ofrecer un programa sin garantía de que lo podían cumplir. Que sólo a Jaime Castro se le respaldó su programa de gobierno con dinero y apoyo político, en razón de lo cual sus rivales en las elecciones no pudieron conseguir votos y lo legal es que todos los candidatos tuvieran las mismas garantías.

Según el demandante fueron violados los artículos 13 y 29 de la Constitución que, respectivamente, consagran los derechos de igualdad ante la ley y de debido proceso, y el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo en lo referente a la imparcialidad.

En la sentencia recurrida se analizó este aspecto y allí se dijo:

“El cargo resumido como antecedente, no está llamado a prosperar en tanto adolece de falta de técnica pues no alude cómo se proyecta la causal de nulidad la expedición de la ley que como antes se dijo se presume constitucional y dictada en interés general. Tampoco en este caso se

SECCION QUINTA

configura una causal de nulidad electoral además de carecer de todo sustento probatorio las afirmaciones en torno al apoyo excluyente a favor del entonces candidato y ahora Alcalde en ejercicio.

No puede invocarse la expedición de una ley como fundamento de nulidad electoral de modo que sólo ante su abierta inconstitucionalidad reclamada para imponer su inaplicación como excepción de inconstitucionalidad y siempre que de esa forma se alcance a configurar una causal de las contempladas en la ley para anular una elección es viable arribar a esa consecuencia.

Como el cargo se concretó a formular apreciaciones y afirmaciones en torno al presunto apoyo parcializado respecto del programa de gobierno del demandado, es evidente que no se elaboró el silogismo de inconstitucionalidad que dicho en otros términos debió presentarse a estudio de esta Corporación. (Fls. 136 y 137).

Comparte la Sala los planteamientos de la *quo*, y además observa que el artículo 5 de la Ley 2 de 1992 debe entenderse en consonancia con el artículo 299 de la Constitución según el cual quienes elijan alcaldes ... imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático.

Contrariamente a lo afirmado por el actor, el requisito del programa al momento de la inscripción del candidato a una alcaldía tiene como propósito que los intereses sociales de los ciudadanos se realicen de una manera efectiva, que se ponga fin a toda posibilidad de engaño a la voluntad popular y se permita establecer si el elegido fue o no la mejor opción. Pero además debe tenerse en cuenta, que el mismo artículo 299 previene que la ley reglamentará el ejercicio del voto programático, de donde se desprende que el propio Constituyente defirió a la ley la regulación de todos los aspectos atinentes, y a la postre será la que determine la responsabilidad que le incumbe a quien no satisfizo al electorado.

Se afirma en el cargo, que se dio apoyo político y financiero a un solo candidato poniendo en desventaja a los demás, y que por tal razón no pudieron conseguir votos. Estos hechos no recibieron comprobación, pues las pruebas allegadas a los autos no demuestran los motivos alegados por el actor.

Observa así mismo la Sala que, en relación con este cargo, no se hizo expresa indicación en el libelo demandatorio de la causal de nulidad que pudiera emerger de los hechos esbozados, en consecuencia, tampoco prospera.

Sexto cargo

En el hecho 3.5 de la demanda, el señor Ortiz Lozano afirma lo siguiente:

a) Que el artículo 7 de la Ley 02 de 1992 que autoriza al Registrador Nacional del Estado Civil para contratar directamente, prescindiendo de los trámites del Decreto 222 de 1983 y demás normas de contratación administrativa, para los efectos que demande el debate electoral y la financiación de las campañas, y el artículo 8*ibidem* que ordena al Gobierno financiar las campañas de los partidos y movimientos políticos con o sin personería jurídica y de los candidatos a alcaldes para las elecciones del 8 de marzo de 1992, son violatorios, respectivamente, de la nueva Constitución que...es perfectamente clara en los aspectos de erogaciones y dineros que no están específicamente adjudicados para tiempo de paz según los artículos 346, 347, 350, 351 y 354, hecho por el cual no se le puede ni adjudicar ni permitir a un funcionario público el manejo directo... (Fl. 5). Y del artículo 109 de la Constitución que solamente autoriza la financiación de dichas campañas a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, y en cuanto a las postulaciones a alcalde, como son uninominales, no se requería pertenecer a algún partido para inscribirse y participar en las elecciones;

b) Que está comprobado que no hubo imparcialidad y que el Gobierno violó los artículos 3, 13, 14, 29, 40, 84, 267, 277 y 355 de la Carta;

c) Que el Presidente de la República, el Procurador y el Contralor no designaron dentro del plazo establecido en el artículo 34 transitorio de la Carta, al ciudadano encargado de impedir el uso de los recursos del Tesoro en las campañas electorales.

Por todo lo anterior deduce el accionante que no hubo un debido proceso en las elecciones, que se realizaron gastos que no deban hacerse y que deliberadamente se omitió la vigilancia que ordena el precepto constitucional. Que como consecuencia de estas irregularidades, con la participación de ciudadanos fantasmas que nunca se inscribieron para votar, se eligió a Jaime Castro Alcalde de Santafé de Bogotá la ciudad fantasma.

Con relación a este cargo el Tribunal de primera instancia expresó lo siguiente:

“Igual defecto al anteriormente señalado contiene este cargo toda vez que no existe una proposición jurídica completa que envuelva una de las causales de nulidad electoral previstas en la ley. El cargo es incoherente

SECCION QUINTA

pues nada tiene que ver el nombramiento del veedor del tesoro cuya designación fue prevista en el artículo 34 transitorio de la Carta, con la inscripción uninominal y la financiación a los partidos y movimientos representados en el Congreso, frente a una causal de nulidad electoral ausente del cargo. El examen de la presunta inconstitucionalidad de la Ley 2 de 1992 no es materia de lo que debe debatirse en el proceso electoral". (Fl. 137).

Poco cabe agregar a las precisas y acertadas observaciones que hizo *ela quo* con respecto a este cargo, salvo que, la formación de los supuestos vicios que en sentir del actor afectaron el proceso electoral, no son factores determinantes de nulidad de un acto de elección conforme a la reglamentación vigente sobre la materia. En consecuencia, se desecha el cargo.

DEMANDA DE JAIME RAFAEL PEDRAZA

(Proceso 2340)

Séptimo cargo

En el punto 3 de los hechos de la demanda, sostiene el libelista que no se dio cumplimiento al artículo 8 de la Ley 6 de 1990 sobre instalación, tres meses antes, de una mesa de información electoral y no se publicaron los listados del censo electoral correspondiente a cada sección del país en diarios de circulación nacional y regional.

Aduce la violación del citado artículo 8 de la Ley 6 de 1990 y del que consagra el debido proceso, porque dice, las elecciones no se realizaron conforme a la Constitución y a la ley.

Las afirmaciones que se hacen anteriormente y que se refieren a presuntas irregularidades en la etapa previa a las elecciones del 8 de marzo de 1992, no constituyen causal de nulidad conforme al artículo 223 del Código Contencioso Administrativo. Por tanto, el cargo no prospera.

Octavo cargo

Corresponde al punto 4 de los hechos de la demanda y lo hace consistir el actor en la circunstancia de no haberse empleado papel de seguridad en las tarjetas electorales, violándose en consecuencia el artículo 258 de la Constitución.

Acogiendo el criterio *de la quo*, en lo referente a este aspecto, la Sala desestimará las argumentaciones sobre las que se base este cargo. En efecto, como bien lo observó el Tribunal de primera instancia, lo que realmente ordena

el artículo 258 citado es que los ciudadanos votarán secretamente en todas las elecciones, con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, ordenamiento que resulta ser diferente del aducido por el actor.

Aquí se observa, que el cargo tampoco es coincidente con las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo. En consecuencia el se desecha.

Noveno cargo

En el punto 10 de los hechos de la demanda, asevera el doctor Jaime Rafael Pedraza que no habiéndose dictado la ley orgánica del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, no se han establecido las calidades para ser elegido Alcalde Mayor, como tampoco las facultades de este funcionario. Por tanto, su elección es imposible.

Con relación a estas imputaciones, la Sala se remite a lo expresado en el segundo cargo en el sentido de que conforme al artículo 322 de la Constitución, al Distrito Capital de Santafé de Bogotá le son aplicables las disposiciones vigentes para los municipios. Por lo que hace a las atribuciones del Alcalde, el artículo 315 de la Carta las señala expresamente: Y en cuanto a las calidades para ser elegido en dicho cargo, mientras la ley no disponga otra cosa, rigen las establecidas en el artículo 2 de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 2 de la Ley 49 de 1987, quedando así desvirtuada la afirmación del actor en tales sentidos. Y como quiera que en el *sub lite* no se discuten las calidades del doctor Jaime Castro, la Sala carece de razones para cuestionar el acto de declaratoria de su elección sobre la base de dichos argumentos. Por consiguiente este cargo tampoco prospera.

Décimo cargo

Plantea, además el accionante en los puntos 11 y 12 de los hechos de su libelo demandatorio, que no existiendo ley orgánica del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la inscripción y elección de Alcalde Mayor, al igual que la de otras autoridades, se hizo a la loca, sin sujeción a norma alguna y antes de tiempo. Y que como a Jaime Castro se lo declaró elegido Alcalde del Distrito Capital de Santafé de Bogotá que legalmente no existe, legalmente no puede tener el Distrito Capital un Alcalde en propiedad.

Ya la Sala ha tenido la oportunidad de expresar que, conforme al artículo 322 de la Carta Fundamental el régimen administrativo del Distrito Capital ser el que determinen la Constitución, las leyes especiales que debe dictar el

SECCION QUINTA

Congreso de la República y las disposiciones vigentes comunes a los municipios. En consecuencia, en materia de inscripción de candidatos a la Alcaldía Mayor y de elección de Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D. C., mientras no regule la ley cosa diferente, se aplican las mismas disposiciones que gobiernan lo pertinente para los Alcaldes de los municipios.

En cuanto al otro cargo que se esgrime para pretender la nulidad del acto atacado, consistente en que el Distrito Capital no existe legalmente y por tanto no puede tener Alcalde en propiedad, se ha recabado hasta la saciedad, tanto en esta providencia como en el fallo de primera instancia, sobre la materia, sin que para rechazarlo deban repetirse las razones ya dadas. Por tanto el cargo no prospera.

Decimoprimer cargo

Asegura el demandante en el punto 13 del libelo que el acta de escrutinio y el de declaratoria de elección no hablan de Alcalde Mayor, sino solamente de Alcalde.

La Sala desestima el cargo debido a que el actor no hace ninguna indicación de cuál es la norma que considera agraviada en este hecho, y en tratándose, como se trata, de jurisdicción rogada, en la que no le es dado al juzgador llenar los vacíos o suplir las omisiones o deficiencias procesales en que haya podido incurrir el demandante, mal podría accederse a considerar los motivos que se alegan. En consecuencia se desecha el cargo.

Por último, en cuanto a la petición subsidiaria formulada por el accionante Jaime Rafael Pedraza, para que se disponga que el doctor Jaime Castro no puede ejercer el cargo de Alcalde Mayor por no existir la ley que reglamenta el Distrito Capital, se considera improcedente, amén de que ya fue ampliamente debatido este tema por la Corporación al examinar los cargos referidos a la inexistencia legal del Distrito Capital, sin que sea necesario hacer nuevas disquisiciones al respecto.

Hechas las consideraciones que se dejan expuestas, y establecido que ningún cargo prospera, conclusión a la que también llegó *ela quo*, no resultan atendibles los reparos que le han formulado los apelantes al fallo de primera instancia, el que se observa ajustado en derecho y en congruencia con el *petitum*, en razón de lo cual debe ser confirmado.

Por lo demás, observa la Sala que de una parte, el impugnante Hildebrando Ortiz Lozano allegó en la oportunidad de la segunda instancia un documento como prueba de algunas de sus afirmaciones, que por ser éxtemporáneo no

puede ser tenido en cuenta. Y de otra parte, en su memorial de apelación formula nuevos cargos.

Al respecto cabe observar que las normas de procedimiento son de orden público y de obligatorio cumplimiento para el juez y para las partes, porque de no ser así la anarquía haría interminables los procesos con desconocimiento del principio general de la preclusión, conforme al cual el proceso se tramita por etapas y una vez concluidas no es posible regresar a ellas.

Además porque el principio de la lealtad procesal impone el derecho de las partes a conocer oportunamente los cargos para que sea posible aducir también oportunamente, la respectiva defensa. Y por lo que hace al recurso de apelación, que tiene por objeto que el superior examine las cuestiones decididas en la primera instancia procesal, no le es dable pronunciarse sobre aspectos distintos, no conocidos ni resueltos por el inferior.

De otra parte, no encuentra la Sala base jurídica y fáctica alguna para proceder conforme a lo establecido en el artículo 25 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal.

Ordenará, eso sí, que por el Tribunal de origen se compulsen las copias pertinentes a la actuación de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, doctores Oscar Gómez y Héctor Acosta Neira, con destino a la Procuraduría General de la Nación para lo que estime conveniente.

Finalmente la Sala hace un llamado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, en lo relativo a la omisión de incluir en la providencia recurrida la frase sacramental administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, que debe contener toda sentencia judicial.

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

FALLA

1. Confírmase la sentencia proferida el 3 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, objeto de esta apelación.

2. Por el Tribunal de origen, ordénese la compulsación de las copias pertinentes a la actuación de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, doctores Oscar Gómez Santana y Héctor Acosta Neira, con destino a la Procuraduría General de la Nación para lo de su resorte.

SECCION QUINTA

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Miren de La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Meja, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DAS / DIRECTIVOS - Facultades / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / DELEGACION DE FUNCIONES / DIRECTOR SECCIONAL - Nombramiento / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

La prescripción del artículo 305, numeral 13 de la Constitución Política no reviste eficacia hasta tanto se produzca su desarrollo legal, como la misma disposición lo indica. La atribución que la citada norma confiere a los gobernadores de departamento para “escoger” al jefe seccional o gerente de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el respectivo ente territorial, está condicionada a lo que la ley disponga en relación con el mecanismo de escogencia de dicho gerente o jefe seccional en aspectos tales como el procedimiento para la elaboración de la terna, oportunidad de su presentación, período del escogido, etc. Entre tanto, como resulta también con muchas otras previsiones de la Carta, que contiene formulaciones de principios, declaraciones dogmáticas y prescripciones orgánicas del nuevo régimen institucional, la normatividad vigente no alcanza la eficacia hasta tanto el legislador determine el procedimiento para su aplicación. Pero este asunto resulta secundario en el caso de autos, frente a la ostensible realidad institucional del DAS como Departamento Administrativo, que no establecimiento público del orden nacional. Por ese carácter del citado organismo el Presidente de la República y el Director de aquél constituyen el gobierno de cada negocio particular (art. 115 de la C. N.); y a dicho director podrá el Presidente delegar las funciones que la ley autorice (art. 211 ibidem)

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

SECCION QUINTA

Ref.: Expediente número 0766.

Actor: Antonio Heráclito Maya Copete.

Mediante apoderado el Gobernador del Chocó, doctor Antonio Heráclito Maya Copete, en ejercicio de la acción contenciosa electoral demanda la declaratoria de nulidad de la Resolución 1520 de julio 2 de 1992, por la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS nombró, con carácter ordinario, al señor Jackson Urrutia Noel en el cargo de Director Seccional Grado, 19 de la Seccional Chocó, Quibdó, del citado Departamento Administrativo.

Tramitado el proceso en legal forma y recibido concepto del Ministerio Público desfavorable a la pretensión de la demanda, se procede a decidir lo que en derecho corresponde partiendo del examen de los siguientes

ANTECEDENTES:

I. De la demanda. Sus fundamentos de hecho y de derecho.

Sostiene el actor que el Departamento Administrativo de Seguridad es un órgano del orden nacional "... con personería jurídica, patrimonio y autonomía administrativa...", que para la prestación de sus servicios ha creado regionales en distintos lugares del país. La del Chocó, Quibdó, tiene "jurisdicción, atendiendo a la División Político-administrativa..." del ente territorial departamental en mención, para la cual fue nombrado Director Regional el doctor Jackson Urrutia Noel mediante la resolución que acusa, expedida por la Dirección Nacional del DAS.

En esa designación encuentra, sin embargo, desconocimiento de lo previsto en los artículos 287 y 305, numeral 13 de la Constitución Política, pues dispone la primera de esas normas que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites que fija la misma Carta Fundamental y la ley; y la segunda, que es atribución del Gobernador del Departamento "... escoger de las ternas enviadas por el Jefe Nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que 'aparecen' (sic) en el departamento de acuerdo con la ley" (fol. 7). La violación resulta de no habérselo enviado al Gobernador del Chocó la terna de candidatos a Director de la Regional del DAS, para que procediera a escoger a quien estimara más indicado para dirigir "... el establecimiento público que tiene asiento en su jurisdicción..." -Acompaña certificación del actor en

prueba de este aserto y pide, como en efecto se hizo, que antes de admitir la demanda se solicite copia del acto acusado-.

Impetró igualmente, la suspensión provisional del citado acto administrativo, medida denegada por esta Sala.

II. Por conducto de procuradora judicial impugnó la demanda el director del Departamento Administrativo de Seguridad aduciendo, como ya lo había hecho la Sala al negar la suspensión provisional, el carácter institucional del organismo que hizo el nombramiento para oponerse a la prosperidad de las pretensiones.

Igualmente propuso la excepción de inepta demanda por falta de requisito formal, por la no designación de las partes y sus representantes, toda vez que la acción debió dirigirse contra la Nación -Departamento Administrativo de Seguridad que no contra este último, carente de personería jurídica-.

III. Del término para alegar sólo hizo uso la representante judicial del director del DAS para reiterar los argumentos del escrito de oposición a la demanda, fundamentalmente en cuanto a que dicho organismo no es establecimiento del orden nacional y, por ende, los nombramientos de sus directores seccionales no están sujetos al requisito previsto en el numeral 13, artículo 305 de la Constitución.

IV. De modo similar a lo que expresó la parte impugnadora se manifestó la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso al descorrer el traslado para concepto de fondo, razón por la que impetra la denegatoria de las pretensiones.

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero aludir a la excepción de inepta demanda que, no obstante su carácter de previa (art. 97, numeral 7 del C. de P. C.) y, por ende, improcedente dentro del contencioso administrativo, el apoderado del tercero impugnador formula al contestar la demanda.

Fundamenta aquella en la falta de designación de la parte demandada, por cuanto careciendo el DAS de personería jurídica debió dirigirse la acción contra la Nación -Departamento Administrativo de Seguridad, que no directamente contra este último-. Pero esta es cuestión que guarda relación bien estrecha con el meollo del asunto *sub lite*, toda vez que no tiene dicho organismo de la Rama Ejecutiva personería jurídica precisamente por su condición de Departamento Administrativo, a diferencia de lo que ocurre con

SECCION QUINTA

los establecimientos públicos del orden nacional, que como los de orden Departamental y Municipal, por su condición de organismo descentralizado está dotado de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa. Es, pues, el fundamento de la excepción aspecto que se dilucida en los considerandos de la decisión a tomar, por lo que resulta inconducente cualquier pronunciamiento al respecto.

Ahora bien: Como ha tenido ocasión de expresarlo esta Sala en numerosos fallos, entre ellos los proferidos en los Procesos números 0765 y 0767, ambos del 18 de los corrientes mes y año y de los que fue ponente la honorable Consejera doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff, la prescripción del artículo 305, numeral 13, de la Constitución Política no reviste eficacia hasta tanto se produzca su desarrollo legal, como la misma disposición lo indica. La atribución que la citada norma confiere a los gobernadores de departamento, para “escoger” al jefe seccional o gerente de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el respectivo ente territorial, está condicionada a lo que la ley disponga en relación al mecanismo de escogencia de dicho gerente o jefe seccional en aspectos tales como el procedimiento para la elaboración de la terna, oportunidad de su presentación, período del escogido, etc. Entre tanto, como resulta también con muchas otras previsiones de la Carta que contiene formulaciones de principios, declaraciones dogmáticas y prescripciones orgánicas del nuevo régimen institucional, la normatividad vigente no alcanza la eficacia hasta tanto el legislador determine el procedimiento para su aplicación.

Pero ese asunto resulta secundario en el caso de autos, frente a la ostensible realidad institucional del DAS como Departamento Administrativo, que no establecimiento público del orden nacional.

Por ese carácter del citado organismo el Presidente de la República y el Director de aquél constituyen el gobierno de cada negocio particular (art. 115 de la C. N.); y a dicho director podrá el presidente delegar las funciones que la ley autorice (art. 211 *ibidem*).

Precisamente en ejercicio de la delegación de funciones conferida mediante el Decreto 2200 de 1989 se produjo la Resolución 1520 de julio 2 de 1992, “... en virtud de la cual la Dirección del Departamento Administrativo de Seguridad nombró con carácter ordinario al doctor Jackson Urrutia Noel como Director Seccional, Grado 19, de la Seccional DAS Chocó, Quibdó...”, según reza la respuesta dada por el director del departamento en mención a solicitud de prueba ordenada en el proceso (fl. 16).

Ese nombramiento, por lo demás provee un cargo de director seccional que en la nueva estructura orgánica del DAS creó el Decreto 512 de 1989, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas mediante la Ley 43 de 1989.

Entonces, como el nombramiento en cuestión no corresponde al de jefe seccional o gerente de un establecimiento público del orden nacional, ninguna relación guardan con el caso en examen las previsiones que la parte actora afirma violadas, de donde se concluye que aun reglamentada la atribución del numeral 13, artículo 305 de la Constitución, las pretensiones de la demanda carecerían de vocación de prosperidad.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto de la Procuraduría Octava Delegada y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda propuesta contra el acto de nombramiento del doctor Jackson Urrutia Noel como Director Grado 19 de la Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad en Chocó, Quibdó.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA - Requisitos / COPIA DEL ACTO - Inexistencia / CREDENCIAL / SENTENCIA INHIBITORIA

En el improbable caso de que el actor pretendiera solicitar la nulidad de la credencial que en su calidad de alcalde le fue expedida al demandado, es suficiente anotar que la acción electoral procede contra los actos de elección y de nombramiento, excluyendo las credenciales cuya naturaleza de certificado o constancia en mucho difiere de la del acto administrativo. De allí que el artículo 228 del C. C. A., disponga que "cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido podrá pedirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial". El defecto de que adolece el libelo, en la medida en que habiendo demandado la nulidad del acto declaratorio de la elección de alcalde no fue aportada su copia al proceso conforme lo dispone el artículo 139 del C. C. A., da como resultado una demanda formalmente inadmisibile, lo cual de ser advertido, implica fallo inhibitorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

Ref.: Expediente número 0932.

Apelación sentencia.

Actor: Pedro Julio Aldana Alfonso.

Sería la oportunidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha noviembre 4 de 1992, mediante la cual el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, denegó las pretensiones

de la demanda instaurada contra el acto declaratorio de la elección del señor Jorge Alberto Daza Cavallazzi, como Alcalde de Sutatenza, para el período que termina el 31 de diciembre de 1994, de no observarse irregularidad sobre la que esta Sala se dispone a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. En relación con los presupuestos procesales de la demanda, el Tratadista doctor Hernando Devis Echandía expresa: “Estos presupuestos pueden definirse como requisitos necesarios para que se inicie el proceso o relación jurídica procesal, *que debe examinar el juez antes de admitir la demanda...*: veamos cuales son:

“1. ...

“3. *La debida demanda* que incluyé el cumplimiento de los requisitos de forma y *la presentación de los documentos que la ley exija*, los cuales *deberá examinar y exigir el juez*, a fin de admitirla o rechazarla” (resalta y subraya la Sala)¹.

2. En el caso concreto de los procesos contencioso administrativos, los artículos 137 y siguientes del C. C. A., señalan los requisitos de todas las demandas a instaurar ante esta jurisdicción, uno de los cuales es la copia del acto acusado, en relación con el cual el inciso primero del artículo 139 de la misma preceptiva dispone que en la copia correspondiente deben aparecer las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso.

En términos de dicha norma, son copias hábiles las publicaciones en los medios oficiales sin que para el efecto requieran autenticación, y agrega la disposición que cuando el acto no haya sido publicado o se deniegue la copia o la certificación sobre su aplicación, así se expresará bajo juramento en la demanda, que se considerará prestado por la presentación de la misma, indicando además la oficina donde se encuentra el original o el periódico en el que el acto se hubiere publicado, a fin de que el ponente lo solicite antes de la admisión de la demanda.

3. El cumplimiento del requisito que se viene comentando constituye, entonces, presupuesto específico e indispensable en acciones como la presente, habida cuenta que él no sólo representa la prueba de la existencia del acto

¹ Compendio de Derecho Procesal T.I. Teoría General del Proceso, p. 252, autor citado.

SECCIONQUINTA

en litigio sino que, si el acto no aparece en el proceso, es imposible realizar análisis alguno, a efectos de verificar su legalidad frente a las disposiciones que en el libelo se citan como transgredidas impidiendo, en consecuencia, proferir decisión de mérito.

4. En el *sub judice*, el actor demandó “la nulidad del acto por el cual se declara la elección como Alcalde municipal de Sutatenza, para el período 1992 a 1994 del señor Jorge Alberto Daza Cavallazzi y se le expide la correspondiente credencial”, para lo cual aportó sendas copias del acta de solicitud, constancia de aceptación e inscripción de candidato a alcalde y de la credencial expedida por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal al señor Daza Cavallazzi (fls. 1-2 cdno. ppal.), omitiendo la copia del acto demandado, de ordinario contenido en el acta parcial de escrutinio de votos, o formulario E-28, integrado por cinco (5) folios, dos de los cuales -primero y último- se utilizan en las elecciones populares uninominales (v. gr. alcaldes, gobernadores, etc.), pues en las demás, cuando es necesario aplicar el cuociente electoral, se emplean las cinco (5) hojas.

Ahora bien, en el improbable caso de que el actor pretendiera solicitar la nulidad de la credencial que en su calidad de Alcalde de Sutatenza le fue expedida al señor Jorge Alberto Daza Cavallazzi, es suficiente anotar que la acción electoral procede contra los actos de elección y de nombramiento, excluyendo las credenciales cuya naturaleza de certificado o constancia en mucho difiere de la del acto administrativo. De allí que el artículo 228 del C. C. A. disponga que “cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo *la nulidad de la elección* hecha en favor de ese candidato y *la cancelación de la respectiva credencial*” (resalta y subraya la Sala).

El defecto del que adolece el libelo, en la medida en que habiendo demandado la nulidad del acto declaratorio de la elección del alcalde no fue aportada su copia al proceso conforme lo dispone el artículo 139 del C. C. A., da como resultado una demanda formalmente inadmisibles, lo cual, de ser advertido, implica fallo inhibitorio. Es a ello a lo que ahora corresponde llegar en el estado en que se encuentra este proceso, previa revocatoria de la sentencia objeto de la alzada.

En mérito de lo brevemente expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, apartándose del concepto del

colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 4 de noviembre de 1992, y en su lugar, se dispone:

Inhíbese para conocer del fondo de las pretensiones.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONGRESISTA - Inhabilidades / VINCULO POR PARENTESCO / AUTORIDAD CIVIL - Inexistencia

La gerenta de una sucursal de un banco no posee la capacidad de mandar y hacerse obedecer por un conglomerado, pues no tiene poder de dirección y ocupación frente a la población en general y a las relaciones con quienes están vinculados con la entidad que ella dirige, en razón de las distintas operaciones mercantiles, se rigen por el derecho comercial y es claro, conforme a lo anterior que, si no se está de acuerdo con las condiciones que imponga la gerenta para su realización, hay posibilidad de retirarse sin más obligaciones que la originada en las mencionadas relaciones comerciales. En tales condiciones no puede afirmarse válidamente que exista la autoridad civil.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia / JURISDICCION ROGADA

Aun estando probados los hechos no podría declararse la nulidad por cuanto como lo ha dicho la Sala en anteriores oportunidades esta jurisdicción es rogada, lo cual significa que el estudio sólo puede realizarse dentro del marco de la litis establecido por la parte actora, esto es con el límite de las normas invocadas como infringidas en tal forma que no pueden analizarse de manera oficiosa otras diferentes no mencionadas en el libelo, por no existir competencia para ello.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / ACTA DE ESCRUTINIO / JURADO DE VOTACION - Firma / RECLAMACION ELECTORAL / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / NULIDAD ELECTORAL / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

La falta de firma de los jurados no puede considerarse como circunstancia cobijada por la causal 4ª del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, puesto que esta situación está establecida como causal de reclamación. Las causales de nulidad son taxativas de interpretación restrictiva por lo que no admite aplicación extensiva o por analogía. En consecuencia, cuando la norma que establece una nulidad señalada que ésta se configura cuando se den unos hechos determinados, su cubrimiento no puede extenderse a otros diferentes del señalado en la norma correspondiente, y no es posible para el fallador hacerlo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expedientes números 629, 657, 664.

Unica instancia.

Actores: Carlos Luis Dávila Rosas y otros.

Acumulado.

En atención a que mediante auto del 22 de octubre de 1992 (fl. 98) se ordenó la acumulación de los expediente radicados con los números 0629, 0657 y 0664, procede la Sala a decidir las correspondientes demandas en la misma sentencia.

ANTECEDENTES

Expediente número 0629, Actor: Carlos Luis Dávila Rosas.

En ejercicio de la acción pública electoral y actuando por medio de apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 17), el señor Carlos Luis Dávila Rosas demanda la nulidad parcial del Acuerdo número 04 de noviembre 22 de 1991 expedido por el Consejo Nacional Electoral, pero sólo en cuanto hace referencia al artículo tercero por medio del cual se declaró electo Representante a la Cámara por la circunscripción de Norte de Santander al señor Carlos Augusto Celis Gutiérrez. Como consecuencia de lo anterior, previa verificación y rectificación de los resultados de los respectivos escrutinios, se declare electo y se le expida la credencial correspondiente a quien le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley (fl. 18).

Considera el actor que el señor Carlos Augusto Celis Gutiérrez era inelegible porque no reunía las calidades exigidas por la Constitución Política

SECCION QUINTA

para ser Congresista. En efecto, el demandado es hermano de la doctora María Inés Celis Gutiérrez, gerente de la sucursal del Banco Cafetero en Cúcuta, Norte de Santander, cargo del cual tomó posesión el 25 de septiembre de 1991 y como tal ejerce autoridad civil y política habida consideración que el Banco Cafetero es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Agricultura.

De acuerdo con lo anterior, hubo violación, por parte de los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil al abstenerse de comprobar si el doctor Celis Gutiérrez reunía las calidades constitucionales, de acuerdo con el Acto Constitucional o Constituyente número 2 de 1991, en su artículo 7º, inciso 2º.

Por otra parte, siendo el señor Celis Gutiérrez hermano legítimo de la doctora María Inés Celis Gutiérrez y ejerciendo ella, por su cargo, autoridad civil o política en el Norte de Santander, se violó de manera flagrante el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Nacional.

Mediante auto de enero 14 de 1992 fue admitida la demanda (fl. 25).

A folio 27, el apoderado de la parte demandante presentó un memorial adicionando el libelo expresando que invoca la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 223 del C. C. A., en los términos en que fue modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 y el artículo 228 *ibidem* (fls. 27 y 28). Esta corrección fue admitida mediante auto fechado el 31 de enero de 1992 (fl. 32).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por conducto de apoderado al efecto constituido, el doctor Carlos Augusto Celis Gutiérrez (fl. 37), contestó la demanda (fls. 38 a 51) y, en relación con los hechos de ésta, expresó las razones que la Sala resume así:

No es cierto que el señor Carlos Augusto Celis Gutiérrez fuera indelegable como Representante a la Cámara por no reunir las calidades exigidas por la Constitución Política para ser Congresista.

Es cierto que la doctora María Inés Celis Gutiérrez es hermana del demandado y por consiguiente se encuentra dentro del estado de parentesco a que hace mención el numeral 5º del artículo 179 de la Carta Magna. Igualmente es cierto que ella ocupa el cargo de Gerente de la sucursal del Banco Cafetero en Cúcuta, capital del departamento de Norte de Santander, dentro de cuya circunscripción fue elegido y declarado electo el señor Celis Gutiérrez. Lo que no es cierto es que el cargo de gerente de esta entidad tenga anejo el desempeño de autoridad civil o política.

El Decreto 1748 del 4 de julio de 1991 decretó la organización del Banco Cafetero transformándolo en una sociedad de economía mixta del orden nacional vinculada al Ministerio de Agricultura, cuyo objeto único es el de financiar la producción, transporte, acopio, almacenamiento y comercialización del café y otros productos agrícolas, la cual se gobierna exclusivamente por reglas de derecho privado, estando sujeta a la jurisdicción ordinaria, bajo la égida de los Decretos 1050 de 1968 y 130 de 1976, y por los estatutos expedidos por su propia Asamblea General de Accionistas y las normas del decreto comentado.

Las sucursales están sujetas en su dirección y administración a la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y su presidente. El Banco Cafetero no tiene asignadas funciones de autoridad civil o política, y en general ejerce solamente atribuciones y funciones propias de los establecimientos bancarios de carácter comercial.

Luego de una detallada explicación sobre las sociedades de economía mixta y sobre el significado de autoridad civil o política, sirviéndose incluso de sentencias de la Sección Quinta de esta Corporación, el apoderado del demandado hace un análisis de las características de la sucursal del Banco Cafetero en Cúcuta, llegando a la conclusión de que si la sociedad anónima de economía mixta que conforma el Banco Cafetero se rige por normas de derecho privado y sus actos son justiciables por la jurisdicción ordinaria y sus órganos directivos carecen de alguna forma de autoridad civil o política, menos aún sus funcionarios, en este caso los gerentes de sucursal, podrían ostentarla. De acuerdo con lo anterior, el doctor Carlos Augusto Celis Gutiérrez no estaba inhabilitado para ser elegido Representante.

Expediente número 0657, Actor: Ernesto Collazos Serrano.

En nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral, el doctor Ernesto Collazos Serrano demandó la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de los señores Representantes a la Cámara por el departamento de Norte de Santander y de sus respectivas credenciales, con base en los siguientes hechos:

Las plazas a proveer, durante las elecciones, eran cinco y ninguno de los aspirantes alcanzó el cuociente, obligando a recurrir al sistema de residuo. El quinto escaño correspondió al señor Silva Gómez Gustavo, ubicado en la lista 09. Esta decisión no corresponde a la realidad electoral, pues al candidato Silva Gómez se le computaron votos que, de acuerdo con la Constitución y la ley, están viciados y deben ser excluidos del cómputo general de votación.

SECCIONQUINTA

Causal primera y fundamental de la acción

En estas elecciones, se violó flagrantemente el artículo 258 de la Constitución Nacional, especialmente en el municipio de El Carmen. En efecto, en el corregimiento de Guamalito, ubicado dentro de este municipio, funcionaron cinco (5) mesas de votación y en el escrutinio se constató que los tarjetones con voto a favor del candidato 09 Silva Gómez Gustavo no fueron doblados, lo cual implica que su depósito en la urna era prácticamente imposible, demostrando que fueron introducidos fraudulentamente. Este hecho consta en el acta de Escrutinio Municipal de El Carmen, pero fue desatendido en todas las instancias escrutadoras, limitándose el acta municipal a registrar la "irregularidad".

En el acta de mesa número 1, puesto 40, zona 99, Corregimiento Maracaibo, municipio de El Carmen, todos los tarjetones fueron marcados por el jurado vicepresidente Omar Ortega Bustos con el voto 09, hecho denunciado por Rafael Angarita Contreras, siendo testigos Nancy Villalba Ortega, José Gaspar y Zenaida Villalba Carrascal.

Esta causal está prevista en el ordinal 1º del artículo 223 del C. C. A. y tiene como fundamento el artículo 10 de la C. N., el artículo 114 del Decreto 2241 de 1986 y los artículos 3º y 7º de la Ley 62 de 1982.

La segunda causal es la falta de firmas de los jurados

a) Acta de mesa número 1, puesto 38, zona 99, Las Vegas de Motilonia del municipio de El Carmen, carece totalmente de firmas de jurado. Ello es razón para excluir del cómputo general de votos, los 72 sufragios emitidos: 2 en blanco, 32 por el número 11, Villamizar Trujillo Basilio y 38 por el número 09, Silva Gómez Gustavo;

b) Acta de mesa número 1, puesto 98, zona 99, Vetas de Oriente, municipio de Tibú, carece de las firmas suficientes, deben excluirse los votos válidos computados;

c) Acta de mesa número 2, puesto 21, zona 99, La Ermita del municipio de Ocaña, carece de firmas suficientes. Deben excluirse los votos válidos computados;

d) Acta de mesa número 29, puesto 00, zona 00, municipio de Ocaña, carece de las firmas suficientes. Deben excluirse los votos válidos computados;

e) Acta de mesa número 1, puesto 70, zona 99, del municipio de Tibú Reyes (Campo Dos), carece de firmas suficientes. Deben excluirse los votos válidos computados;

f) Acta de mesa número 15, puesto 00, zona 00, municipio Los Patios. Carece de firmas suficientes, deben excluirse los votos válidos computados;

g) Acta de mesa número 35, puesto 00, zona 00 del municipio Los Patios. Carece de firmas suficientes. Deben excluirse los votos válidos computados;

h) Acta de mesa número 3, puesto 00, zona 00, municipio El Carmen. Carece de firmas suficientes. Deben excluirse los votos válidos computados;

i) Acta de mesa número 4, puesto 00, zona 00, municipio de Abrego. Carece de firmas suficientes. Deben excluirse los votos válidos computados.

Se fundamenta esta causal en la previsión del ordinal tercero del artículo 31 de la Ley 85 de 1981.

La tercera causal son las alteraciones en las actas de los datos electorales, en las siguientes mesas:

a) Acta de mesa número 1, puesto 32, zona 99, Mariquita, del municipio de Ocaña. Se advierte *prima facie* que el contenido inicial del acta, arrojó 33 votos por el candidato 01, Franco Trujillo Fernando y 3 votos por el candidato 15, Noguera Pérez Luis. Este resultado aparece con manifiesta alteración incluyendo 20 votos con números completamente diferentes a favor del candidato 09, Silva Gómez Gustavo y totalizando 36 votos;

b) Acta de mesa número 12, puesto 00, zona 00, municipio de Ocaña. Manifiesta alteración de las cifras correspondientes a votos del renglón 09, Silva Gómez Gustavo, en que se superpone el "37" sobre una cifra inferior, al parecer "20";

c) Acta de mesa número 18, puesto 00, zona 00, municipio de Ocaña. Hay ostensible alteración de las cifras correspondientes a votos del renglón 09, Silva Gómez Gustavo, en que tachan la cifra original y al lado colocan "43". Se advierte también totalización en números de escritura diferentísima;

d) Acta de mesa número 47, puesto 00, zona 00, municipio de Ocaña. Se advierte la alteración en el renglón 09, Silva Gómez Gustavo de la cifra original. Al parecer sobre un dos (2) superponen un tres (3) y al lado le escriben "33";

e) Acta de mesa número 96, puesto 00, zona 00, municipio de Ocaña. Se aprecia una burda alteración sobre el renglón 09, Silva Gómez Gustavo en la

SECCIONQUINTA

cifra de votos obtenidos por esa lista, borrando el número original y de manera ordinaria colocando el "11";

f) Acta de mesa número 2, puesto 03, zona 99, Capitanlargo, municipio de Abrego. Hay alteraciones burdas por superposición de números en los renglones 09, Silva Gómez Gustavo, donde se advierte una cifra original "10" y la convierten en "101", y en el renglón 11, Villamizar Trujillo Basilio, en la cual se hace conversión de la cifra original "29" en "30", y, finalmente hay el número "138" como total, en escritura completamente diferente;

g) Acta de mesa número 1, puesto 17, zona 99, de Guaramito, municipio de Cúcuta. Se advierte alteración en el renglón 09, Silva Gómez Gustavo, números escritos con notoria diferencia a los vistos en los renglones 02, 06, 07, 15 y 18 (votos en blanco).

Se fundamenta esta causal de nulidad electoral, en lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 223 del C. C. A.

La causal cuarta se configura al efectuarse el cómputo de votos con violación del sistema electoral:

El proceso de elección del Representante Gustavo Gómez Silva está afectado por existir fraude electoral, patentizado en los documentos electorales de los corregimientos de Guamalito y Maracaibo del municipio de El Carmen, así como alteraciones de cifras en Tibú, Ocaña, Abrego y Cúcuta, todas en puestos rurales.

Lo anterior implica que se deben excluir los votos computados como válidos a favor de Gómez Silva y que en realidad están viciados, lo que implicaría una disminución del residuo escrutado a la lista 09, reduciéndolo a una votación inferior al candidato 03, Buenahora Febres Jaime.

La anterior causal está prevista en el ordinal 4º del artículo 223 del C. C. A.

A folio 64, el apoderado de la parte demandante presentó corrección de la demanda en lo que hace referencia a las causales de anulación, adicionando que todas las actas impugnadas, ya sea por violación del precepto constitucional, por falta de firmas, por alteración de las actas se subsumen como causal de anulación en la prevista allí como causal cuarta: Cómputo de votos con violación del sistema electoral, la cual tiene fundamento jurídico en el numeral 4º del artículo 223 del C. C. A.

Aclara, además, que la acción fue interpuesta oportunamente dentro de los 20 días previstos por la ley. Concreta, por último, que el objeto de la

impugnación es originario del Consejo Nacional Electoral y está determinado como el Acuerdo número 04 de noviembre 22 de 1991, notificado en estrados el 25 de noviembre del mismo año (fls. 64 a 67).

La demanda fue admitida mediante auto del 22 de enero de 1992, ordenando el trámite de ley (fls. 70 y 71).

A folio 78, el ciudadano Efraín Valencia Castillo, mediante escrito presentado el 17 de febrero de 1992, solicita que se le tenga como parte impugnante dentro del proceso, reconocimiento efectuado mediante auto de febrero 19.

El 24 de marzo del mismo año, el consejero conductor resolvió admitir la corrección de la demanda, anulando la actuación a partir de la notificación del auto admisorio de la misma (fls. 106 a 108).

A folio 197, el señor Efraín Valencia Castillo, mediante escrito presentado el 27 de abril de 1992, manifiesta que impugna la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Es falsa la afirmación sobre violación del cuociente electoral, ya que de la lectura del Acuerdo número 4 de 1991 se aprecia cómo la aplicación del cuociente electoral se ciñó a lo dispuesto en la Constitución Nacional.

Por otra parte, el actor modifica la demanda variando lo que en un principio consideró una reclamación transformándola en una causal de nulidad, sin modificar los hechos e ignorando la intención del legislador de distinguir entre una nulidad y una reclamación.

Esto último no hace referencia a la causal primera, segunda y tercera, por cuanto estas fueron encuadradas dentro de la causal de violación del cuociente electoral en la corrección de la demanda, la cual le fue debidamente aceptada.

A folio 200, el señor Urbano Almeciga Martínez solicita que se le tenga como parte coadyuvante de la parte impugnadora, solicitando que se nieguen los testimonios pedidos por el actor, en su acápite de pruebas.

Mediante auto fechado el 8 de mayo de 1992, se ordenó tener al señor Efraín Valencia Castillo, como parte impugnante de las pretensiones de la demanda y al señor Urbano Almeciga Martínez, como coadyuvante de la parte impugnadora de las mismas (fl. 204).

Expediente número 0664, Actora: Aleida Nieto Durán

La actora de la referencia solicitó la nulidad del Acuerdo 4 de 1991, proferido por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección de los representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Norte de Santander. Como consecuencia de ello, solicita se practique un nuevo

SECCION QUINTA

escrutinio, con la exclusión de los registros que sean declarados nulos y la corrección de los declarados apócrifos, así como la expedición de credenciales a aquellos ciudadanos que resultaren electos.

Considera la parte demandante que durante los escrutinios se presentaron irregularidades que no fueron corregidas en la vía gubernativa, las cuales son causales de nulidad y no de reclamación, como es la apocricidad en los elementos que sirvieron de base para la expedición del Acuerdo acusado.

A. La declaratoria de elección está viciada de nulidad pues en las siguientes mesas votaron personas que legalmente no podían hacerlo por estar indebidamente inscritas, al no realizar esta actuación personalmente, o bien porque ni siquiera estaban inscritas.

Puesto El Salado: mesas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

Puesto "La Buena Esperanza": mesas 1, 2, 3, 4, 5.

Puesto San Faustino: mesas 1 y 2.

Puesto Carmen de Tonchala: mesa 1.

Puesto El Escobal: mesas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 10.

Puesto Limoncito: mesa 1.

Puesto Puerto Santander: mesas 2, 3 y 5.

municipio de Cúcuta. Zona 3.

Puesto 1: mesas 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18 y 21.

Puesto 02: mesas 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18.

Puesto 03: mesas 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26.

Puesto 04: mesas 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18.

Puesto 06: mesas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

Puesto 07: mesas 1, 2, 4, 5 y 7.

Zona 1:

Puesto 1: mesas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, 38, 39, 40,

41, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79; 80, 81, 82; 83, 87, 88, 89, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 146 y 147.

Municipio de Villa del Rosario

Cabecera: mesas 1 a 62.

Puesto Juan Frío: mesas 1 y 2.

Puesto Lomitas: mesas 1 a 18.

Puesto Palogordo: mesas 1 y 2.

Puesto La Parada: mesas 1 a 10.

Considera la actora que hay ciudadanos que no se inscribieron como lo estipula el artículo 78 del C. E., o que ni siquiera estaban inscritos para votar. Cuando una persona no cumpla con los requisitos exigidos por la ley, es causal de nulidad;

B. Señala las mesas en donde se alteraron, durante los escrutinios, los datos reales al transcribir los resultados leídos del E-17 al E-24, datos que fueron aportados con la corrección de la demanda: (fls. 17 a 22).

Zona 3:

Mesa 5 Puesto 2

Mesa 3 Puesto 4

Mesa 10 Puesto 4

Mesa 8 Puesto 7

Mesa 11 Puesto 3

Se presenta la apocricidad de los datos inexistentes anotados a uno u otro candidato. Cuando en los diferentes formularios aparecen diferentes resultados, en votos, para los candidatos debe existir una explicación en la respectiva acta aclarando la diferencia existente y en caso de no hacerse esta anotación, se presenta un caso de apocricidad.

Las normas consideradas violadas son el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A., en concordancia con los artículos 76, 77, 78, 80 y 81 del Código Electoral.

SECCIONQUINTA

La demanda fue admitida mediante auto del 23 de enero de 1992, (fl. 14) y la corrección de la misma en auto fechado el 26 de febrero del mismo año (fl. 28).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En orden de presentación aparecen los siguientes (fls. 105 a 145, exp. 0629):

El apoderado de la parte demandada ratificó, una vez más, los argumentos presentados en la contestación de la demanda, llegando a las siguientes conclusiones:

El Banco Cafetero es una sociedad de economía mixta, bajo la forma de sociedad anónima, vinculada al Ministerio de Agricultura, vigilada por la Superintendencia Bancaria y que ejerce actividades bancarias, a nivel nacional.

Su administración la ejercen, en orden descendente, los siguientes órganos: Asamblea General de Accionistas, Junta Directiva y Presidencia, la cual tiene la representación legal del Banco.

El Banco es un ente del sistema bancario que carece, por completo, de atribuciones que anejen jurisdicción o mando, menos aún autoridad política o civil.

Por lo anterior, los empleados del Banco, incluyendo los gerentes de sucursal, carecen de atribuciones o ejercicio de autoridad política o civil. Las labores desempeñadas por la doctora María Inés Celis Gutiérrez son propias de la actividad bancaria, sin ejercer ninguna que le implique el ejercicio de autoridad o de jurisdicción o mando, por lo cual el doctor Carlos Augusto Celis Gutiérrez no estaba incurso en la inhabilidad alegada por el demandante, situación que habrá de declararse mediante sentencia.

El impugnante señor Efraín Valencia Castillo, dentro del proceso número 0657, actor: Ernesto Collazos Serrano, alega de conclusión en la siguiente forma (fls. 115 a 126, exp. 0629):

El acto acusado no aparece debidamente individualizado, ya que el actor demanda tres actos: el del 26 de noviembre (demanda inicial) y los de los días 22 y 25 de noviembre de 1991 (corrección de la demanda).

Como no se ha identificado el acto acusado, mal podría haber un pronunciamiento alguno sobre el mismo ya que estos procesos son rogados y no se pueden suplir oficiosamente las obligaciones del demandante.

Como lo comentó en su escrito inicial (fl. 197, exp. 0657), el impugnante recuerda que los cargos formulados en la demanda inicial fueron corregidos en la corrección de la demanda, subsumiendo todos los cargos iniciales en la causal cuarta del artículo 223 del C. C. A.

La introducción fraudulenta de tarjetones (alega el demandante que no fueron doblados) no configura la causal de cómputo de votos con violación del sistema electoral. Con base en la definición de cuociente electoral que especifica la Constitución Nacional (art. 263), la cual se refiere a la operación matemática o aritmética mediante la cual el número de votos válidos se divide por el de puestos por proveer, se determina el resultado del cuociente electoral. Una vez obtenido este último se adjudicarán los puestos a las listas según el número de veces que el cuociente quepa en el número de votos válidos. Las curules fueron adjudicadas de acuerdo con la ley, por lo cual el cargo no debe prosperar. Además, la falta de doblez de los tarjetones, no es causal de nulidad. No se probó tampoco que estos tarjetones no podían introducirse en la urna sin ser doblados, y no hay que olvidar que la carga de la prueba corresponde a quien formula el cargo.

Inclusive, los testimonios de los jurados de votación afirman no haber observado ninguna irregularidad. Prueba de lo anterior, es que el escrutinio municipal arroja idénticos resultados a los plasmados por los jurados de mesa.

Estos motivos son suficientes para desvirtuar el cargo.

En lo que hace referencia a que fue el vicepresidente quien marcó los tarjetones, en la mesa de Maracaibo, esta afirmación no puede prosperar ya que los testimonios son contradictorios. Independientemente de este hecho, el informe pericial rendido en el proceso dictaminó que las tarjetas fueron elaboradas por distintos amanuenses. Esto demuestra que no se probó el cargo alegado.

La falta de firmas de los jurados de las mesas de votación tampoco configura la causal prevista en el artículo 223, numeral 4º del C. C. A., por lo cual no puede prosperar el cargo. Además, este hecho no es una causal de nulidad sino de reclamación, por lo cual sólo puede ser planteada en la vía gubernativa.

En cuanto a las alteraciones en las actas de los datos electorales, tampoco puede prosperar ya que esta es una justicia rogada y como el hecho no se configura en la causal señalada independientemente si son ciertos o no los hechos expuestos, no se pueden tener en cuenta. De otro lado, tampoco se

SECCIONQUINTA

demonstró en el proceso que las actas sufrieran alteraciones posteriores en lo escrito, después de firmadas por los jurados.

La última causal o motivo de inconformidad es la recopilación de las otras causales. Teniendo como fundamento la sentencia de mayo 12 de 1989, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez, expediente número 0287, el impugnante llega a la conclusión de que la causal se configura haciendo referencia al resultado de una operación matemática y no a los hechos narrados en la demanda, y en el caso en estudio tal situación no se da por lo que no puede prosperar el cargo.

El coadyuvante de la parte impugnadora señor Urbano Almeciga Martínez (proceso electoral 0657) presentó el siguiente alegato:

En relación con el cargo de que el no doblar los tarjetones hace imposible su introducción en la urna, esto no fue cierto. Lo que sucedió es que en el momento del conteo, los tarjetones fueron separados por paquetes lo que dificultaba su doblez. Además, de haber existido alguna irregularidad, los jurados hubieren dejado constancia de ella.

Cabe anotar que el tarjetón electoral de representantes a la Cámara por el Norte de Santander contiene sólo 17 candidatos, por lo cual su tamaño es menor que el de la Asamblea o Senado, pudiéndose introducir sin doblarlo dentro de la urna.

Además, al coincidir el resultado de los jurados de mesa con el de la Comisión Escrutadora se demuestra claramente que no hubo irregularidades.

No es cierto que en el acta de mesa número 1, puesto 40, zona 99 el jurado vicepresidente hubiera marcado los tarjetones. Este hecho no fue probado y, además, el informe pericial estima que las marcaciones en los tarjetones fueron realizadas por diferentes amanuenses.

En cuanto a las alteraciones en las actas de los datos electorales, como no hubo dictamen pericial no se probó el cargo. Aparte de esto, el total de votos de la mesa coincide con el total de sufragantes en la mesa.

La falta de firmas de los jurados no es una causal de nulidad sino de reclamación.

Por último en lo que hace referencia a la violación del sistema de cuociente electoral, esta causal sólo se refiere a errores que se cometan al realizar las operaciones matemáticas para el otorgamiento de las curules. Son dos cosas diferentes el "sistema electoral" y el "sistema del cuociente electoral", que es la causal que se tendría que haber probado para alegar una nulidad. Como el actor no lo hizo, no prospera el cargo.

El demandante, en el proceso 0657, Ernesto Collazos Serrano, presenta los siguientes alegatos (fls. 129 a 145, exp. 0629):

Aparte de reiterar los planteamientos formulados en la demanda, el actor complementa los diferentes puntos, sirviéndose de las pruebas, concluyendo lo siguiente:

En el primer punto, se hace referencia al hecho fraudulento que se realizó al introducir los tarjetones sin doblar. Hecho que consta en la propia acta de escrutinio municipal de El Carmen y fue desatendido en todas las instancias escrutadoras. Vale aclarar que actuaron como escrutadores dos personas de excelentes calidades, lo cual se demuestra mediante certificaciones expedidas por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. El contenido de este documento público, las calidades de las funcionarias que la suscriben demuestran plenamente la concurrencia del fraude y por consiguiente, el mérito para excluir los votos introducidos sin doblar por el candidato Silva Gómez.

Ahora, si bien es cierto que el actor dejó constancia de no interesarle la prueba testimonial por existir prueba documental que lo acredite, no es menos cierto que los declarantes procedieron, a raíz de esto, a dar las más inverosímiles declaraciones, ratificando una vez más lo probado con el documento público.

El segundo punto se refiere al jurado vicepresidente que marcó los tarjetones: se pretendió probar este hecho mediante la prueba grafológica, lo cual no dio resultado ya que los peritos consideraron que hacía falta material para cotejar las escrituras. Sin embargo, la apreciación de los peritos culmina con la afirmación de que existen rasgos similares en diversas tarjetas, lo cual constituye una prueba indiciaria sobre el supuesto fraude cometido por uno de los jurados.

Además, existen pruebas testimoniales que lo demuestran (fls. 136-137).

El tercer punto se refiere a la carencia de firmas del jurado, el cual está debidamente sustentado en la demanda, al igual que el hecho cuarto que se refiere a alteraciones en las actas de los datos electorales.

En lo que hace referencia a los alegatos presentados no es exacto lo afirmado por el doctor Valencia, impugnante dentro del proceso, respecto a la inadmisión de la demanda. El libelo fue revisado en sus aspectos formales conforme corresponde y admitido. El error se debió al señalar la fecha del acto acusado, el cual fue subsanado debidamente.

Por su parte, la causal de anulación del cómputo con violación del sistema electoral es equivocadamente interpretada por los impugnadores ya que ésta

SECCION QUINTA

no se reduce a la precaria contabilización de votos para establecer la adjudicación de cargos sino comprende toda violación de la Constitución Política o de la ley electoral, penal, civil, etc.

En cuanto hace relación a los testimonios que invocan como pruebas no son tales en el proceso ya que son declaraciones de extrajuicio y no ratificadas en este último.

En conclusión, el Acuerdo número 04 de 22 de noviembre de 1991 contiene el escrutinio con fundamento en el cual se hizo la declaratoria de elección de los cinco representantes por la circunscripción electoral del Norte de Santander. El quinto mayor residuo lo obtuvo el señor Gustavo José Silva Gómez, elección que está afectada por los vicios mencionados a lo largo del proceso, obligando su exclusión en salvaguarda de la verdad electoral. La modificación o rectificación de este escrutinio ofrece una mayoría al ciudadano Jaime Buenahora Febres, a quien se le debe adjudicar la plaza.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, luego de hacer un recuento de los hechos, normas violadas y fundamento de derecho que aparecen en cada una de las demandas acumuladas se pronuncia sobre los mismos en la siguiente forma:

Expediente número 0629: A juicio de este despacho la prueba se aportó incompleta para acreditar que el señor Carlos Augusto Celis Gutiérrez es hermano legítimo de la doctora María Inés Celis, como quiera que para comprobar el estado civil de hermanos legítimos no sólo debieron allegarse los certificados notariales sobre sus nacimientos, sino igualmente la partida o registro del matrimonio de sus padres. Ante la ausencia de prueba, carece de sustento probatorio por lo cual no prosperan las pretensiones de la demanda.

Expediente número 0657: Reiteradamente esta Sección ha sostenido que la jurisdicción es de carácter rogado y por tanto el juez administrativo debe fallar en consonancia con las pretensiones de la demanda, la cual está integrada por las súplicas, los hechos y las normas transgredidas, así como su concepto de violación, sin estar facultado el fallador para llenar los vacíos del libelo.

En consecuencia, el actor debe señalar clara y precisamente la norma violada. Si ésta ha sido modificada por otra, debe señalarla, ya que si esta última no la recoge en los mismos términos, el hecho configurativo del vicio no es posible estudiarlo. En este caso, el demandante citó como fundamento de sus pretensiones el numeral 4º del artículo 223 del C. C. A., sin expresar que fue modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, que le introdujo al

artículo 65 de la Ley 96 de 1985 una modificación esencial. Con este cambio, la causal sólo se configura cuando se desconoce el método establecido en el artículo 263 de la C. N. para establecer el cuociente electoral. Como al actor citó incompleta la disposición invocada no es procedente su estudio, además porque los hechos que sustentan los cargos no encajan en los supuestos fácticos de ésta.

Expediente número 0664: En este caso, la actora citó sólo el numeral 4º del artículo 223 del C. C. A., sin señalar las disposiciones que lo modificaron, pero es procedente su estudio ya que la causal de nulidad fue recogida en los mismos términos por las normas que modificaron aquel.

En cuanto al primer cargo, no se allegaron las pruebas correspondientes ni se practicó un dictamen pericial para demostrar caso por caso la votación fraudulenta alegada en la demanda, por lo cual no prospera el cargo por falta de respaldo probatorio.

En cuanto al segundo cargo, la Procuradora precisa que se debe entender por elemento falso o apócrifo, para concluir que la situación fáctica de este cargo no encaja en la causal de nulidad estudiada. Y además, los hechos alegados que se traducen supuestamente en equivocaciones de transcripción de resultados de un formulario a otro debieron ser cuestionados en la vía gubernativa.

Por lo anterior, el cargo no debe tampoco prosperar.

En este orden de ideas, la Procuraduría Delegada solicitó denegar las pretensiones de cada una de las demandas que originaron estos procesos acumulados.

CONSIDERACIONES:

La Sala es competente para conocer del presente negocio conforme a lo previsto por el artículo 128-4 del C. C. A., tal como fue subrogado por el artículo 1º del Decreto 597 de 1988.

Expediente número 0629

Del recuento hecho en otro aparte de esta providencia se deduce que los cargos contra el acto mediante el cual se declara la elección del señor Carlos Augusto Celis Gutiérrez, que la Sala procede a verificar, son los siguientes:

1º. Violación del Acto Constituyente número 2, artículo 7, inciso 2º, porque el candidato fue inscrito aunque no reunía las calidades para ser elegido.

SECCIONQUINTA

Lo primero que debe observarse es que, sólo en el caso de que la situación fáctica planteada encaje en la norma invocada, hay posibilidad de analizar si tal circunstancia incide en la elección por estar configurada una causal de nulidad.

Comienza la Sala por analizar el artículo 7º, inciso 2º, del acto Constituyente número 2, que se invoca como infringido, del siguiente tenor:

“En caso de que no se hayan aceptado previamente las candidaturas, no se comprueben las calidades exigidas para ser Senador, Representante o Gobernador, o no se haya dado cumplimiento al requisito de proclamación de candidaturas, los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil rechazarán la inscripción. Contra esta decisión cabe el recurso de apelación ante el Consejo Nacional Electoral que decidirá de plano.”

El texto de la disposición es muy claro: Deben comprobarse las calidades de los candidatos al momento de la inscripción. La norma no establece la comprobación por parte de los delegados de la ausencia de inhabilidades de dichos candidatos, para efectos de inscribir o negar la inscripción.

Es claro, igualmente que la establecida en el artículo 179-5 de la C. N. es una inhabilidad. En consecuencia, la demostración de su ausencia no compete adelantarla a quienes inscriben a los candidatos, porque a ello no se refiere el artículo 7º, inciso 2º del Acto Constituyente número 2 citado.

En este orden de ideas debe concluirse que la disposición no es aplicable al caso por lo que el cargo debe denegarse sin mayor análisis al respecto.

2º. Violación del numeral 5º del artículo 179 de la C. N. por cuanto quien resultó elegido como representante a la Cámara es, según el libelo, hermano legítimo de la Gerenta del Banco Cafetero, Sucursal Cúcuta, quien ostenta, según se alega, autoridad política o civil. La Sala procede a analizar el cargo:

La norma que se invoca como violada es del siguiente tenor:

“No podrán ser congresistas:

...

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

...

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba

efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5º.”

De la anterior transcripción se deduce claramente que para la configuración de la inhabilidad se requiere la demostración de que se reúnen los factores indicados en la norma a saber:

- El vínculo en las condiciones y grados señalados en la disposición.
- El ejercicio de autoridad civil o política del funcionario pariente del elegido.
- La coincidencia de la circunscripción electoral con el ámbito dentro del cual se ejerce la autoridad de que trata la norma.

Se procede a estudiar si se demuestra el cumplimiento de todos los presupuestos anteriores en el caso en estudio.

El vínculo por parentesco

En primer término se debe precisar que a folios 14 y 15 aparecen certificaciones, en su orden, sobre el registro civil de nacimiento del señor Carlos Augusto Celis Gutiérrez y la señora María Inés Celis Gutiérrez y que en la contestación de la demanda se afirma, igualmente, que el hecho del parentesco en uno de los grados señalados en el numeral en estudio es cierto en consecuencia, la Sala lo admite y, por lo mismo, no se detiene mayormente en la demostración del cumplimiento de tal requisito.

El ejercicio de la autoridad civil o política

Ya en anteriores oportunidades la Sala ha estudiado el tema y tiene definido que existe autoridad cuando hay capacidad de mandar y hacerse obedecer.

Pero la disposición en estudio exige que se trate de autoridad política o civil. Al respecto la Sala en forma reiterada ha dicho que la política es la autoridad, entendida como se dejó explicado antes, pero dirigida a los asuntos del Estado; es decir, la capacidad de manejar los asuntos del Estado y de hacerse obedecer para lograrlo.

SECCIONQUINTA

Es claro que con base en la descripción de funciones que aparece a folios 74 y 75 de la gerente de la Sucursal Cúcuta no puede predicarse que tenga la capacidad inherente a la autoridad política.

La autoridad civil es la capacidad de mandar y hacerse obedecer por un conglomerado.

De las funciones que aparecen en el documento obrante a folios 74 y 75 ya citado se desprende que la gerente de la sucursal de un banco no posee la capacidad en cuestión pues no tiene poder de dirección y coacción frente a la población en general y las relaciones con quienes están vinculados con la entidad que ella dirige, en razón de las distintas operaciones mercantiles, se rigen por el derecho comercial y es claro, conforme a lo anterior que, si no se está de acuerdo con las condiciones que imponga la gerente para su realización, hay posibilidad de retirarse sin más obligación que la originada en las mencionadas relaciones comerciales.

En tales condiciones no puede afirmarse válidamente que exista la autoridad civil.

No entra la Sala a estudiar la posibilidad de que exista autoridad administrativa por cuanto la norma no la señala como elemento configurante de la inhabilidad.

A continuación procede la Sala a estudiar la calidad de la Gerenta de la Sucursal Cúcuta del Banco Cafetero, en relación con las normas que regulan la entidad, según su naturaleza y la del personal de la misma.

Sea lo primero precisar que el Banco Cafetero para la época de los hechos que dieron origen a la demanda se había transformado en una sociedad de economía mixta, del orden nacional, tal como lo señala el artículo 1º del Decreto 1748 de 1991 (que subrogó el libro segundo, parte cuarta, título noveno, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Dec. 1730 de 1991 que lo calificaba como una empresa industrial y comercial del Estado). La naturaleza en cuestión aparece certificada por la Superintendencia Bancaria según documento que obra a folio 16 del expediente.

Las sociedades de economía mixta, tal como lo señala el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968, “son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que señale la ley”.

“El grado de tutela y, en general las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determina en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social.”

En atención a lo anterior y al hecho de que la calidad de los empleados de las sociedades en estudio no está señalada en el decreto anterior ni en el 3135 de 1968, que sí lo hace en el artículo 5º respecto del personal de las empresas industriales y comerciales del Estado, debe concluirse que los empleados de las sociedades de economía mixta son trabajadores privados, como ya lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación.

Ahora bien, la señora Inés Celis Gutiérrez fue vinculada al Banco, conforme a los documentos que figuran a folios 89 a 91 del expediente, por contrato de trabajo. Aunque la forma de vinculación de una persona puede no dar una idea cierta de su calidad desde el punto de vista laboral, en este caso corrobora la calidad de privada de la vinculación.

Ahora bien, no aparece la forma que revistió el nombramiento de Inés Celis Gutiérrez como Gerenta del Banco Cafetero, sucursal Cúcuta, pero a folio 10 del informativo aparece una comunicación al gobernador de Norte de Santander para que se sirva posesionar y recibir juramento a la señora Inés Celis Gutiérrez, lo que sucede el 25 de septiembre de 1991 conforme al documento obrante a folio 11.

Al respecto debe precisarse que la función de dar posesión a los gerentes de, entre otras, las entidades bancarias, está asignada por el numeral 26 del artículo 3º del Decreto 1033 de 1991, a la Superintendencia Bancaria y el superintendente bancario o los superintendentes delegados podrán delegar expresamente y para cada caso la diligencia de posesión en la autoridad política de mayor categoría del lugar. A esta preceptiva obedece la posesión y toma de juramento por parte del gobernador a la señora Inés Celis Gutiérrez y no al hecho de que tal posesión constituya prueba de una clase específica de vinculación con el Estado.

Por este aspecto se concluye que no prospera el cargo porque la hermana del elegido no es funcionaria al servicio del estado en ninguna de sus modalidades sino de una sociedad de economía mixta y por lo mismo, tanto la entidad, como sus trabajadores, se rigen por las normas del derecho privado.

Ahora bien, en relación con las funciones mismas desempeñadas, y haciendo abstracción de lo antes analizado, en el presente caso según la certificación obrante a folio 12 del expediente la representante legal de la

SECCION QUINTA

Sucursal Cúcuta es a la fecha de los hechos que dieron origen al proceso, la señora Celis Gutiérrez Inés.

Conforme al documento obrante a folios 74 y 75 las tareas que corresponden a la gerenta son eminentemente comerciales y no están revestidas de autoridad civil o política.

De todo lo anterior se deduce lo siguiente:

La gerenta de la sucursal Cúcuta del Banco Cafetero, hasta donde lo señalan las normas y aparece demostrado, es la representante legal de una sucursal de una entidad bancaria, cuya calidad es la de una sociedad de economía mixta por lo cual su actividad y régimen personal se rige por el derecho privado, salvo las excepciones que establezca la ley.

El ingreso de la ahora Gerenta al Banco Cafetero se hizo mediante contrato de trabajo, como cualquier empleado del sector privado, y no se allega la forma mediante la cual fue promovida al cargo de Gerenta para deducir un cambio de vinculación.

La posesión de la Gerenta ante el gobernador del departamento obedece a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria a las entidades bancarias, entre otras, y no a la calidad específica del Banco Cafetero o a la del cargo de gerente correspondiente.

De la lectura del manual de funciones no se deduce ninguna forma de ejercicio de autoridad civil o política como se pretende en la demanda por cuanto de las normas pertinentes y las pruebas allegadas tal ejercicio no se deduce ni en forma teórica, ni práctica.

LA CIRCUNSCRIPCION

De las pruebas allegadas al expediente se deduce que la elección impugnada es la de un representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento de Norte de Santander y la Gerenta de la sucursal Cúcuta tiene como agencias a su cargo las denominadas Central de Transporte, Zona de Mercado y Centro Comercial Bolívar de Cúcuta, Chinácota, de Chinácota, y Salazar de Las Palmas, de Salazar, según consta en el documento obrante a folio 12.

De lo anterior se deduce que la circunscripción electoral por la cual resultó elegido el representante cuya nulidad se impugna es común con el territorio dentro del cual desempeña que funciones la Gerenta del Banco Cafetero, Sucursal Cúcuta, por lo que el elemento en cuestión estaría demostrado.

No obstante, como de lo anteriormente expuesto se deduce que en el caso planteado no se reúnen la totalidad de los requisitos para que aparezca configurada la inhabilidad alegada, los cargos de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

Expediente número 657

CUESTIONES PREVIAS

1. La Sala no tomará en cuenta el memorial presentado por la parte actora con posterioridad al término de ley.

2. En el alegado de conclusión, uno de los impugnantes considera que hay falta de individualización del acto acusado lo que conduciría a proferir fallo inhibitorio.

Al respecto la Sala debe precisar:

En el escrito de demanda inicial se solicita la nulidad de la elección de los representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento de Norte de Santander y, efectivamente, se cita como fecha del acto acusado el 26 de noviembre de 1991 (fls. 48 y 55) pero se acompaña la copia del acto acusado con la notificación por estrados (fls. 1 a 7) y en el mencionado documento aparece como fecha de expedición el 22 de noviembre de 1991 y como fecha de notificación en la forma indicada, el 25 del mismo mes y año.

En el auto de 22 de enero de 1992, la Sala Unitaria precisó el aspecto anterior y con el análisis correspondiente y el registro de haberse allegado la copia del acto acusado, admitió la demanda.

De todas maneras, dentro de la oportunidad legal, la demanda fue corregida, entre otros aspectos, en cuanto a la individualización del acto acusado: En tal ocasión explicó la parte actora que el acto acusado es el originario del Consejo Nacional Electoral determinado como Acuerdo número 24 del 22 de noviembre de 1991, notificado el 25 del mismo mes y año (fl. 66).

La corrección de la demanda fue admitida por auto del 24 de marzo de 1992, por lo cual, aún en el supuesto de haberse producido la falla inicial, la misma quedó subsanada en la forma anotada por lo cual no hay lugar a proferir fallo inhibitorio por este aspecto.

Finalmente, debe señalarse que el hecho de haberse mencionado como fecha del acto el 26 de noviembre de 1991, siendo que se trataba de un acto expedido el 22 de noviembre de 1991 y notificado el 25 del mismo mes y año,

SECCIONQUINTA

no tiene efectos en el presente caso en la caducidad de la acción por cuanto tomando la fecha desde la cual debía contarse el término para presentar la correspondiente demanda, 26 de noviembre de 1991, se concluyó que el libelo fue presentado en oportunidad, conforme a lo establecido por el artículo 28 de la Ley 14 de 1988, por lo cual no hay lugar a declarar la caducidad de la acción, debiéndose proferir fallo de mérito.

EL FONDO DEL NEGOCIO

Tal como se reseñó en otro acápite de esta providencia, la parte actora presentó la demanda y en ella expuso cuatro cargos correspondientes a igual número de causales de nulidad, a saber:

Causal primera del artículo 223 del C. C. A.:

Violación del artículo 258 de la C. N. por cuanto los tarjetones no fueron doblados y además el vicepresidente de los jurados que allí se señala marcó los tarjetones.

Indica que hubo violación, a más de la norma antes citada, del artículo 10 del Acto Constituyente número 2 de 1991 del artículo 114 del Decreto 2241 y de los artículos 3º y 17 de la Ley 62 de 1982.

Ordinal tercero del artículo 31 de la Ley 85 de 1981:

Hubo omisión en la firma de los jurados en los casos indicados en la demanda.

Ordinal tercero del artículo 223 del C. C. A.:

En las mesas indicadas por la parte actora y reseñadas antes se alteraron los datos allí impuestos.

Ordinal cuarto del artículo 223 del C. C. A.:

El cómputo de los votos se afectó por el fraude que existió en las mesas indicadas.

Con ocasión de la corrección de la demanda, la parte actora consideró del caso, admitido en el auto correspondiente, que todas las causales inicialmente indicadas en la demanda se *subsumen* por la prevista en el artículo 223-4 del C. C. A. porque todas conducen a la violación del sistema electoral.

SE OBSERVA:

Tal como lo ha sostenido la sección, cuando en la demanda se invoca como infringida una norma que fue subrogada por otra pero la nueva está

vigente, es procedente analizar los hechos alegados y el concepto de violación a la luz de la disposición vigente para determinar la procedencia de la anulación.

En el presente caso la disposición citada por el actor en forma incompleta se conserva con modificaciones en la versión vigente a la época de los hechos que dieron origen al presente proceso, artículo 17 de la Ley 62 de 1988, con el siguiente tenor:

“El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, quedará así:

Artículo 65. El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto:

Artículo 223. Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1º. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de la violencia.

2º. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3º. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

4º. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

5º. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

6º. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio, sino los votos del candidato o candidatos, en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición.”

Así las cosas será a la luz de esta norma, que como ya se dijo es la vigente, que se procederá a realizar el análisis correspondiente.

SECCION QUINTA

La causal 4ª transcrita que corresponde a la invocada por la parte actora, aunque en la forma incompleta señalada, ha sido interpretada en repetidas oportunidades por esta sección en el sentido de precisar que comprende sólo los casos en los cuales debiéndose emplear el sistema del cociente electoral para hacer los correspondientes cómputos por señalarlo así la Constitución y las leyes, se utiliza un sistema diferente.

Con la precisión anterior, procede la Sala a verificar los aspectos sometidos a análisis.

Lo primero que se observa es que en el Acuerdo número 24 de fecha 22 de noviembre de 1991, se deja constancia de que se utilizó el sistema del cociente electoral (fl. 6) lo cual basta para desechar el cargo por no responder a la realidad demostrada en el proceso.

Concretamente, en lo que hace al doblez de los tarjetones y la marca de los mismos, debe señalarse que tal situación no tiene relación alguna con la causal que se transcribió.

Ahora bien, si en gracia de discusión se analizara el cargo a la luz de las disposiciones mencionadas en la demanda inicial, es decir, sin tener en cuenta la corrección del libelo, el resultado sería el mismo, por cuanto los hechos no encajan en los presupuestos normativos.

En efecto se dice que de los hechos se deduce la configuración de la causal primera, pero luego de leer detenidamente la transcripción inicial se concluye que la situación fáctica no tiene relación alguna con el supuesto en estudio.

De otra parte las normas que se invocan para efectos de hacerlas desembocar en la causal en estudio no tienen tal facultad porque no guardan relación en el caso presente con la misma.

En efecto, el artículo 258 de la C. N. establece la forma en la cual deben adelantarse las elecciones, la forma como la organización electoral debe proveer a las mismas y la potestad otorgada a la ley para establecer mecanismos que garanticen el libre ejercicio del derecho al voto. De lo anterior no puede establecerse la necesaria concatenación entre dicha norma y la alegada violencia a que hace relación la causal en estudio con los hechos planteados.

El Acto Constituyente número 2 de 1991, en su artículo 10 señala a la Registraduría las provisiones que debe hacer para adelantar las elecciones, regulación que tampoco se aviene con la causal indicada y los hechos alegados.

Lo propio ocurre con el artículo 114 del Decreto 2241 de 1986, que establece la forma en la cual debe obrar el presidente del jurado en las elecciones, en general, y con la adición de esta norma, contenida en el artículo 3º de la Ley 62 de 1988 para las elecciones para Presidente de la República: Ninguna relación se observa en el presente caso entre las disposiciones antes mencionadas y la causal primera, transcrita, ni de ésta y los hechos alegados.

En las condiciones anotadas aún estando probados los hechos no podría declararse la nulidad por cuanto como lo ha dicho la Sala en anteriores oportunidades esta jurisdicción es rogada, lo cual significa que el estudio sólo puede realizarse dentro del marco de litis establecido por la parte actora, esto es con el límite de las normas invocadas como infringidas en tal forma que no pueden analizarse de manera oficiosa otras diferentes no mencionadas en el libelo, por no existir competencia para ello.

En cuanto a la falta de firmas de los jurados tampoco puede considerarse como circunstancia cobijada por la causal 4ª del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, puesto que la situación en comento está establecida como causal de reclamación y, por lo mismo, no encuadra en la invocada en la demanda por las razones anotadas.

Las alegadas alteraciones de los resultados no pueden encuadrarse en la causal 4ª que se alega se configura, conforme a la interpretación realizada antes; tampoco pueden ubicarse en el ordinal 3º de la citada norma, porque de los hechos relatados no se deduce que tales alteraciones se hubieran producido con posterioridad a la firma de los jurados de las actas correspondientes, como reza la norma en cuestión.

Es oportuno recordar en este punto que las causales de nulidad son taxativas de interpretación restrictiva por lo que no admite aplicación extensiva o por analogía. En consecuencia, cuando la norma que establece una nulidad señala que esta se configura cuando se den unos hechos determinados, su cubrimiento no puede extenderse a otros diferentes del señalado en la norma correspondiente, y no es posible para el fallador hacerlo.

En este orden de ideas debe concluirse que las pretensiones de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

Expediente número 0664

La parte actora en este negocio plantea la violación del artículo 223-2 del C. C. A., con base en dos fundamentos:

SECCION QUINTA

a) Que en los casos que especifica y que fueron reseñados en otro acápite de esta providencia, no hubo inscripción de cédulas conforme a lo previsto en las normas legales lo que causa la configuración de la causal invocada por tal razón;

b) Que en los casos igualmente especificados y también reseñados en esta providencia se configura la nulidad indicada en la causal invocada, esta vez por cuanto se alteraron los datos al ser transcritos del formulario E-17 al E-24.

Al respecto la Sala debe anotar:

Durante el trámite del negocio y, más concretamente, al abrir el negocio a pruebas por auto del 3 de abril de 1992, la Sala Unitaria denegó la solicitud de decretar la realización de un dictamen pericial para verificar con base en cotejos de huellas dactilares si en las inscripciones de cédulas para las elecciones realizadas se presentaron personalmente quienes se inscribieron. La negativa, se fundamentó en el artículo 1º del Acto Constituyente número 2 de 199, que no exigía en dicho acto la impresión de la huella del dedo índice del inscrito, en consecuencia no era del caso decretar la prueba.

La providencia en cuestión quedó en firme, por lo que esta oportunidad basta decir que el hecho de la demanda no aparece corroborado por prueba alguna por lo cual sin mayor análisis debe concluirse que no se encuentra probado el hecho alegado y por lo mismo no puede hacerse un estudio sobre si se configura la nulidad planteada. Por este aspecto el primer cargo debe recibir despacho desfavorable.

En cuanto al segundo cargo, para cuya demostración se solicitó la práctica de una prueba, que fue decretada en su oportunidad pero que no llegó a practicarse por cuanto la parte solicitante no suministró los medios correspondientes, sucede lo propio.

El cargo debe correr la misma suerte que el anterior, es decir, que debe ser desechado por cuanto al no aparecer demostrados los hechos en los cuales se fundamenta no es posible proceder a estudiar si los mismos encajan en la causal invocada.

En estas condiciones es procedente denegar las pretensiones de la demanda.

Con base en el análisis anterior la Sala concluye que las peticiones de las demandas acumuladas deben recibir despacho desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo

Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de las demandas radicadas con los números 629, 657 y 664, acumuladas.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

GOBERNADOR - Facultades / ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS/ JEFE SECCIONAL - Nombramiento / DRI / GERENTE - Facultades / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Al disponer el citado artículo 305 numeral 13 de la Constitución que los gobernadores tienen la atribución para escoger de las ternas que les sean enviadas por el funcionario respectivo a los gerentes o jefes seccionales de los establecimiento públicos del orden nacional que operen en su departamento "de acuerdo con la ley", es claro que le trasladó a ésta la potestad de fijar de manera precisa las condiciones, forma y procedimiento para el ejercicio de dicha facultad. Lo expuesto significa que, mientras no se expida la reglamentación legal pertinente, los gobernadores no pueden hacer uso de la atribución que les ha señalado el mencionado artículo 305 numeral 13 de la Constitución Política. En el presente caso, es una realidad que cuando el Gerente General del Fondo de Desarrollo Rural Integrado, DRI, designó al demandado como director regional del mismo fondo, aún no se había expedido la ley reglamentaria del artículo 305 numeral 13 de la Constitución Nacional, por lo que no estaba obligado a enviar al Gobernador de ese departamento la terna que echa de menos el demandante.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0764.

Actor: Miguel Pinedo Vidal.

Procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a proferir sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

1. El doctor Miguel Pinedo Vidal, Gobernador del departamento del Magdalena, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción pública electoral, demandó la nulidad de la Resolución 0673 de julio 2 de 1992 proferida por el Gerente General del Fondo de Desarrollo Rural Integrado, mediante la cual se nombró al doctor Trino Luna Correa en el cargo de Director Regional Magdalena, Código 2035, Grado 18 de esa entidad.

2. Sostiene el demandante que con dicho nombramiento se infringió el artículo 305 numeral 13 de la Constitución Política que confiere a los gobernadores una participación en la escogencia de los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional, de terna que debe enviarles el jefe o gerente nacional del organismo respectivo, y en el presente caso, no obstante la obligatoriedad constitucional de este procedimiento, dicha terna no fue recibida por el Gobernador del Magdalena y por tanto, no pudo escoger a quien debía ocupar el cargo de Director Regional del DRI,

3. El actor, en el mismo escrito, solicitó la suspensión provisional del acto administrativo acusado, petición que fue denegada por la Sección Quinta en auto del 10 de agosto de 1992, que luego de ser recurrido fue confirmado mediante proveído del 13 de noviembre de 1992 (fls. 14 y 45).

4. El doctor Trino Luna Correa fue notificado personalmente de la anterior demanda, pero no dio contestación a la misma.

5. El término para alegar transcurrió sin la intervención de las partes demandante y demandada.

En cambio la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso conceptuó en el sentido de que el artículo 305 numeral 13 de la Carta Política que el actor estima violado requiere "... para efecto de su cumplimiento, desarrollo legislativo, razón por la cual hasta que se reglamente, el jefe o gerente respectivo de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, no está obligado a enviarle terna al gobernador para la escogencia de los gerentes o jefes seccionales" (fl. 65).

Por lo explicado, el Ministerio Público solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES:

Es evidente que el artículo 305 de la Constitución tiene establecidas las atribuciones al gobernador, entre otras, la de:

SECCION QUINTA

“13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.”

Está demostrado en autos que por medio de la Resolución 0673 de 2 de julio de 1992 visible al folio 2, el gerente general del Fondo de Desarrollo Rural Integrado nombró con carácter ordinario al doctor Trino Luna Correa en el cargo de Director Regional (Magdalena) Código 2035, Grado 18 del Fondo de Desarrollo Rural Integrado, y que según comunicación del 22 de julio de 1992, el gobernador del departamento del Magdalena certifica que “... para el nombramiento del Director Regional Magdalena del Fondo de Desarrollo Rural Integrado, contenido en la Resolución 673 del 2 de julio de 1992, emanada de la gerencia general de esa institución, no recibió la terna de que trata el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Nacional, ni, por consiguiente, hizo escogencia alguna” (fl. 1).

De otra parte, el Fondo de Desarrollo Rural Integrado, creado mediante la Ley 47 de mayo 31 de 1985, es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura.

Al disponer el citado artículo 305 numeral 13 de la Constitución que los gobernadores tienen la atribución para escoger de las ternas que les sean enviadas por el funcionario respectivo a los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en su departamento “de acuerdo con la ley”, es claro que le trasladó a ésta la potestad de fijar de manera precisa las condiciones, forma y procedimiento para el ejercicio de dicha facultad. Lo expuesto significa que, mientras no se expida la reglamentación legal pertinente, los gobernadores no pueden hacer uso de la atribución que les ha señalado el mencionado artículo 305 numeral 13 de la Carta Política.

En el presente caso, es una realidad que cuando el Gerente General del Fondo de Desarrollo Rural Integrado, DRI, designó al doctor Trino Luna Correa como Director Regional del mismo Fondo en el Magdalena, el 2 de julio de 1992, aún no se había expedido la ley reglamentaria del artículo 305 numeral 13 de la Constitución Nacional, por lo que no estaba obligado a enviar al gobernador de ese departamento la terna que echa de menos el demandante, como acertadamente lo hace notar la señora Procuradora Octava Delegada, en su concepto.

Así las cosas, no se observa violado el citado numeral 13 del artículo 305 de la Carta como asegura el actor y, en consecuencia, su demanda no puede prosperar.

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

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL / EXCEPCIONES PREVIAS

- Improcedencia

Siendo el defecto de carácter formal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 97 numeral 7 del C. de P. C., constituye excepción previa y por esta razón no tiene cabida en el Contencioso Electoral.

DIPUTADO - Inhabilidades / SANCION PENAL

Si bien es cierto que el inciso segundo del artículo 299 de la C. N. determina que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas, asimilándolos; también lo es, que en lo relativo a la denominada indignidad penal que antes consagraba el artículo 94 para los senadores y el artículo 100 para los congresistas y diputados (artículo 43 C. R. P. M. y 185 C. N.), la actual Constitución consagró dos enunciados distintos de los cuales, considera la Sala, no puede ignorarse el que fija de manera específica la inhabilidad para ser diputado, recurriéndose, bajo el supuesto del concepto estricto, a la que consagró el numeral 1º del artículo 179 de la Constitución para congresistas; si así se interpretara, estaría sobrando el inciso 5º del artículo 299 ibidem, lo que resulta a todas luces ilógico. Estas situaciones de duda e imprecisión en la aplicación de la normatividad vigente en esta materia requiere una pronta reglamentación legal, máxime si se tiene en cuenta que entre las dos prohibiciones existe una marcada diferencia, pues mientras la expedida para congresista, de manera general, es definida con relación al tiempo de aplicación cualquier poca; la establecida para diputados con la expresión no haber sido condenado, carece de precisión dentro del mismo marco de referencia temporal. La Sala encuentra acertado el fallo recurrido, acogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, porque el supuesto jurídico sobre el que se hizo este pronunciamiento, esto

es, el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, aun con las modificaciones que le introdujo el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, conserva vigente prohibición para los condenados a pena privativa de la libertad, o sea, que no difiere en su sentido y alcance al supuesto del inciso 5 del artículo 299 de la C. N., ambos establecen una causal de inhabilidad con el mismo propósito: preservar la dignidad de las investiduras públicas en los cargos de alcalde y diputado respectivamente, pero sin que en el contenido de estas disposiciones se haga la precisión in tempore que sí se hace en el numeral 1 del artículo 179 de la C. N. Esta orientación jurisprudencial cobra hoy vigencia con el mismo sentido y alcance, respecto al caso sub examine, el que, dada la imprecisión del texto constitucional y carencia de reglamentación, debe ser resuelto acogiendo estos principios de orientación doctrinaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., 26 de marzo de 1993.

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*.

Ref.: Expedientes acumulables números 0950 y 0732.

Electoral Segunda Instancia.

Actores: Orfelina Guzmán Rojas y Bertil Valderrama Hernández.

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos oportunamente por los demandantes contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 1992, por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

ANTECEDENTES:

Al ciudadano Bertil Valderrama Hernández, en su propio nombre, y Orfelina Guzmán Rojas, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción especial electoral, demandan en escritos separados la nulidad del acto administrativo del 15 de marzo de 1992, por el cual se declaró electo al señor Andrés Páez Moreno como diputado a la Asamblea Departamental del período 1992-1994, y la cancelación de la respectiva credencial.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Los hechos de los dos libelos demandatorios, aunque planteados de diversa manera, son en el fondo unos mismos y convergen a la obtención de idéntico resultado: por eso la Sala, con fundamento en el principio de economía procesal, los resume en este capítulo así:

SECCION QUINTA

En las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, el ciudadano Andrés Páez Moreno resultó elegido diputado a la Asamblea del Departamento del Caquetá, según acta general de escrutinios de fecha 15 de marzo del mismo año, para el período 1992-1994:

Coinciden los actores al expresar que el señor Páez Moreno estaba impedido legalmente para ser elegido diputado por haber sido condenado por los delitos de falsedad y abuso de confianza, en sentencia del 11 de agosto de 1986, proferida por el Juzgado Tercero Superior de Florencia, Caquetá; confirmada el 1º de octubre del mismo año por el Tribunal Superior de la misma ciudad y no casada en la Corte Suprema de Justicia, según providencia del 10 de marzo de 1988.

Citan como normas violadas, respectivamente, los artículos 299, inciso 5 de la C. N., y 223 del C. C. A., puesto que el señor Andrés Páez Moreno, en razón de la condena, era inelegible para ser diputado. Y los artículos 299 y 179 numeral 1 de la C. N., así como el 223 numeral 5 y 228 del C. C. A., porque “Debe destacarse que el mandato constitucional impone de manera *sui generis* el hecho de la condena penal en cuanto ésta haya ocurrido, sin tener que considerarse si ésta se cumplió o no, o si se extinguió o no en sus efectos por cualquier causa legal. Sólo vale tener en cuenta que ésta haya sido librada en cualquier tiempo antes de la elección y que no provenga de delitos culposos o políticos...”.

CONTESTACION DE LAS DEMANDAS

El derecho de contradicción lo ejerció el demandado en relación con la acción incoada por Bertil Valderrama Hernández, según escrito visible a folios 107 y ss., mas no frente a la presentada por la otra demandante.

En aquel proceso se opuso a las pretensiones de la demanda y su posterior corrección, bajo el argumento de que para la época de la inscripción y la elección, el señor Páez Moreno era ciudadano en ejercicio con cédula de ciudadanía vigente y además estaba amparado por una providencia judicial ejecutoriada del 15 de noviembre de 1989, que declaró la extinción de la condena que se le había impuesto. Transcribe parte pertinente de la sentencia proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia el 9 de junio de 1988.

Además, propuso las excepciones de “inepta demanda” y “caducidad de la acción”. La primera, en razón de que no se individualizó el acto acusado, tal como lo ordena el artículo 229 del C. C. A.; y la segunda, por cuanto el actor no corrigió la demanda conforme a los términos del artículo 143 del C. C. A.,

estimando que por este motivo ha debido inadmitirse, pero erróneamente se admitió, debe declararse la caducidad.

ACUMULACION

Vencidos los términos para practicar pruebas, en auto del 29 de julio de 1992 (folios 152 y ss. cuaderno número 3), se decretó la acumulación de los dos procesos, continuando su trámite bajo una misma cuerda.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Estudia el *a quo* inicialmente la excepción de “inepta demanda”, observando que en el libelo demandatorio se solicita la nulidad del acto de elección como diputado a la Asamblea Departamental del Caquetá del ciudadano Andrés Páez Moreno, aunque el actor también se hubiera referido al acta general de escrutinios expedido el 15 de marzo de 1992, por los delegados del Consejo Nacional Electoral, por tanto, considera cumplido el requisito sobre individualización del acto señalando que la excepción no está llamada a prosperar.

Sobre la caducidad de la acción, dice el Tribunal que no se da en este caso, porque el escrito de corrección se presentó antes de ser admitida la demanda conforme lo indica el artículo 230 del C.C.A., y además ésta fue presentada el 8 de abril de 1992, o sea, dentro del término de 20 días que prescribe la ley.

El estudio de fondo parte de la base del material probatorio allegado al proceso (folio 18) y de su examen. El *a quo* da por establecidos los aspectos fácticos de la demanda, relativos a la elección del diputado Páez Moreno: la condena que se le impuso en dos instancias la revisión de la misma por la Corte Suprema de Justicia; la extinción de la condena y la vigencia de la cédula de ciudadanía número 17622121, que corresponde al demandado. Pruebas que obran a folios 81 a 130; 125 a 130 del Expediente número 3.

Probados los anteriores hechos, el Tribunal, al analizar la norma superior que se considera quebrantada, esto es, el artículo 299 inciso 5 de la Constitución Nacional, frente al artículo 179 numeral 1 *ibidem*, deduce que en la primera al establecerse como inhabilidad para ser elegido diputado, “no haber sido condenado a pena privativa de la libertad con excepción de los delitos políticos o culposos”, no se determina “en forma expresa la situación aplicable a la misma”; lo que no ocurre en la segunda, donde se aprecia con toda claridad la inhabilidad para ser congresista, de las personas que hayan sido condenadas “en cualquier época por sentencia judicial”, aspecto aquél que, según observa, presenta un valor legal porque hasta el momento no se ha

SECCION QUINTA

legislado al respecto, como sí se hizo en materia de inhabilidades e incompatibilidades para los congresistas.

Hace otras consideraciones el fallo, para concluir admitiendo como prueba fundamental para la decisión, la providencia que declaró extinguida la condena penal, advirtiendo que, de acuerdo con la jurisprudencia, en nuestra legislación no existen penas irredimibles, siendo dicha decisión negativa para las pretensiones del actor.

LA APELACION

Agotaron este recurso los dos actores en los procesos acumulados. En escrito que obra a folio 97, el señor Bertil Valderrama Hernández, al sustentarlo, manifiesta que el artículo 299-5 de la Constitución vigente “fija una inhabilidad para ser elegido diputado”, en la que está incurso el demandado, así se halle extinguida la pena, ya que la norma “se está refiriendo a situaciones que ocurran en el pasado y en cualquier tiempo o época”: solicita se revoque la sentencia y se acojan las súplicas de la demanda.

Por su parte, la demandante Orfelía Guzmán, por medio de apoderado, hace énfasis en la existencia de la inhabilidad alegada, dado que el sentido de la norma es claro, expreso y la prohibición que hace opera hacia el pasado.

“Luego si debió hacerse un juicio de valor comparativo en el supuesto de que la norma fuese oscura, ello ha debido ser, pero al contrario; y no como expone la sentencia recurrida”. Agrega que:

“Resarcido en sus derechos políticos, al habersele rehabilitado por causa del cumplimiento de la pena, el señor Andrés Páez Moreno continuó apegado a la afectación intemporal de reproche a su conducta”.

CONCEPTO FISCAL

Haciendo un breve resumen de los antecedentes, la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso rinde su concepto en este proceso expresando que si bien del texto de la norma invocada como transgredida “se deduce que para ser elegido diputado se requiere, además de ser ciudadano y tener más de 21 años, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos”, el precepto debe cobijar las situaciones ocurridas con posterioridad a su vigencia, lo que quiere significar que las “condenas cumplidas y extinguidas con anterioridad a la fecha en que entró a regir nuestra nueva Carta Fundamental no pueden llegar a tener efectos

perpetuos e intemporales". Solicita bajo esta consideración se confirme el fallo recurrido. Agotado el trámite de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que afecten la actuación, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Está de acuerdo la Sala con los planteamientos del Tribunal en el proveído que en esta oportunidad ocupa su atención, al referirse a las excepciones propuestas y considerar que el acto impugnado fue debidamente singularizado en la demanda, careciendo por tanto de fundamento la afirmación que en contrario hizo la parte demandada.

Pero debe recordar que siendo el defecto de carácter formal, el supuesto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 97 numeral 7 del C. de P. C., constituye excepción previa y por esta razón no tiene cabida en el Contencioso Electoral; y si se hace estudio alguno sobre el punto, ello no implica decisión a este respecto. De consiguiente, el numeral 2 de la sentencia será en este sentido modificada.

Por lo demás, contrariamente a lo que se expresa por pasiva, tanto el escrito de demanda como el de corrección fueron presentados dentro del término de caducidad. Así se desprende de los actos, términos y constancias analizados por el *a quo* para concluir que dicha excepción no estaba llamada a prosperar.

Pasando a la cuestión de fondo, procede a analizar el cargo, similar en las demandas cuyos procesos fueron acumulados, dirigido a dejar sin efecto el acto por el cual se declaró la elección del señor Andrés Páez Moreno como diputado a la Asamblea del Caquetá.

La doble acusación es concreta; se basa en la existencia de una condena que le fue impuesta al mentado ciudadano. En primera instancia, por el Juzgado Tercero Superior de Florencia y, en segunda, por el Tribunal Superior de la misma ciudad, alcanzando recurso de casación ante la honorable Corte Suprema de Justicia, con resultado negativo.

La pena impuesta fue de 18 meses por los delitos de falsedad y abuso de confianza.

En estos hechos radica básicamente la inhabilidad alegada en ambos procesos; y según los actores, vician el acto de elección acusado, debiéndose declarar su nulidad por ser violatorio del artículo 299 inciso 5 de la C. N., norma que entre los varios requisitos exigidos para ser elegido diputado señala

SECCION QUINTA

el de “no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos”.

Presupuesto este último que no se cumple de parte del demandado porque la prohibición opera siempre hacia el pasado en cualquier tiempo o época y además debe tenerse en cuenta que, según el inciso 2 de la misma disposición: “los requisitos de inhabilidad e incompatibilidad para los diputados no pueden ser menos estrictos que los señalados para los congresistas”.

El Tribunal, en el fallo recurrido, observa que respecto a la situación planteada se presenta un vacío legal al no haber sido reglamentada la norma constitucional invocada, puesto que las inhabilidades e incompatibilidades “expresamente descritas por la Constitución o la ley, como lo hizo el constituyente en la preceptiva consagrada en el artículo 179 de la C. P., en relación con los congresistas...”.

Por tanto, recurre la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, acogida en varios fallos por la sección, respecto a inhabilidades para ser elegido alcalde, y sobre la base de ésta perspectiva y la prueba de extinción de la condena allegada regular y oportunamente, deniega “las pretensiones de la demanda”.

La Sala encuentra acertados los razonamientos del *a quo*, en la medida en que, de una parte, resalta el vacío existente en la disposición, en relación con las circunstancias de hecho que conforman la *causa petendi*, y, de otra, en cuanto a la aplicación que hace al *sub lite*, donde se cuestiona el acto de elección de un diputado, de la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, al declararse exequible el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, habida consideración de que, ciertamente, la disposición contenida en el mismo inciso quinto del artículo 299 de la Constitución Nacional requiere desarrollo legal porque en materia de inhabilidades no puede haber aplicación extensiva por vía de interpretación.

En el caso concreto de los diputados, las inhabilidades deben ser fijadas por la ley como la misma norma lo indica.

Ahora, si bien es cierto que el inciso segundo del artículo 299 determina que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados “no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas”, asimilándolos, también lo es que en lo relativo a la denominada “indignidad penal” que antes consagraba el artículo 94 para los senadores y el artículo 100 para los congresistas y diputados (artículos 43 C. R. P. M. y 185 C. N.) la actual Constitución consagró dos enunciados distintos de los cuales, considera la

Sala, no puede ignorarse el que fija de manera específica la inhabilidad para ser diputado, recurriéndose, bajo el supuesto del concepto estricto, a la que consagró el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución para congresistas; si así se interpretara, estaría sobrando el inciso 5 del artículo 299 *ibidem*, lo que resulta a todas luces ilógico.

Estas situaciones de duda e imprecisión en la aplicación de la normatividad vigente en esta materia requiere una pronta reglamentación legal, máxime si se tiene en cuenta que entre las dos prohibiciones existe una marcada diferencia, pues mientras la expedida de manera general para congresistas es definida en relación con el tiempo de aplicación “cualquier época”, la establecida para diputados con la expresión “no haber sido condenado” carece de precisión dentro del mismo marco de referencia temporal.

Bajo esta última consideración, la Sala encuentra acertado el fallo recurrido, acogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, producida el 9 de junio de 1988 en el Expediente número 1799, porque el supuesto jurídico sobre el que se hizo este pronunciamiento, esto es, el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, aun con las modificaciones que le introdujo el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, conserva vigente prohibición para los condenados a pena privativa de la libertad, o sea que no difiere en su sentido y alcance al supuesto del inciso 5 del artículo 799 de la C. N., ambos establecen una causal de inhabilidad con el mismo propósito: preservar la dignidad de las investiduras públicas en los cargos de alcalde y diputado respectivamente, pero sin que en el contenido de estas disposiciones se haga la precisión *in tempore* que sí se hace en el numeral 1 del artículo 179 de la C. N.

Entendió, entonces, la Corte que para el caso de los individuos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad, “la inhabilidad que establece el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, debe predicarse sólo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas...”. Esto, porque a juicio de la alta Corporación, “en nuestro ordenamiento jurídico, las penas no pueden tener efectos intemporales... resulta odioso y contrario a todo sentido democrático y republicano el que los ciudadanos sean sometidos en el ejercicio y disfrute de sus derechos políticos a barreras limitativas insuperables, que enerven el ideario constitucional de la igualdad y del esfuerzo individual, como fundamento de la competencia social sobre el que se erige en nuestro orden”.

Esta orientación jurisprudencial cobra hoy vigencia con el mismo sentido y alcance, respecto al caso *sub examine*, el que, dada la imprecisión del texto

SECCION QUINTA

constitucional y carencia de reglamentación, debe ser resuelto acogiendo estos principios de orientación doctrinaria.

La situación fáctica presentada por la parte actora como sustento de las pretensiones fue plenamente demostrada en el plenario a través de prueba idónea. En efecto, con las actas parcial y general de escrutinios del 15 de marzo de 1992, expedidas por los delegados del Consejo Nacional Electoral, se acredita la elección del señor Andrés Páez Moreno como diputado a la Asamblea del Caquetá para el período 1992-1994.

Con las copias de las sentencias proferidas el 11 de agosto de 1986 por el Juzgado Superior de Florencia, Caquetá, confirmada en todas sus partes el 1º de octubre siguiente por el Tribunal Superior de la misma localidad, se establece claramente que el citado Páez Moreno fue condenado por los delitos de falsedad y abuso de confianza a la pena privativa de la libertad de dieciocho (18) meses con el beneficio de la condena condicional, providencia que al no ser casada por la Corte Suprema de Justicia, según pronunciamiento del 10 de marzo de 1988, quedó debidamente ejecutoriada (fls. 12 y ss. del cdeno. 3).

Pero si bien los hechos anteriores, que son los alegados por los actores como fundamento de las pretensiones de la nulidad del acto impugnado, se encuentran debidamente probados, la causal de inhabilidad que sobre ese supuesto consagra el artículo 299 último inciso de la Carta Política no alcanza su estructura legal para el caso materia de estudio, porque en providencia del 15 de noviembre de 1989 el Juez Tercero Superior de Florencia, Caquetá, considerando superado el período de prueba del sentenciado, declaró extinguida la condena que le fue impuesta, ordenando el archivo del proceso.

Lo anterior significa, como bien lo dice el *a quo*, que desde la fecha de la providencia extintiva de la pena hasta el 8 de marzo de 1992, fecha de las elecciones, habían transcurrido más de dos años, tiempo más que suficiente para que aquélla, al alcanzar firmeza, purgara el impedimento y rehabilitara al señor Andrés Páez Moreno en la interdicción de derechos y funciones públicas, ya que este fenómeno opera *ipso jure* conforme lo determina el artículo 205 de la Ley 28 de 1979.

Con la modificación antes observada, el fallo recurrido merece confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, de acuerdo con la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Modifícase el numeral segundo, en el sentido de declarar que no hay lugar a pronunciamiento sobre la excepción previa propuesta.

Segundo. Confírmase en lo demás la sentencia proferida el 20 de noviembre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y en firme este proveído vuelvan los expedientes acumulados al tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / AUTORIDAD CIVIL / PERSONERO MUNICIPAL – Renuncia / NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia

El personero municipal es un funcionario que ejerce autoridad civil porque además de agente del Ministerio Público, como veedor ciudadano está investido de las atribuciones consagradas en el D. L. 1333 de 1986 y artículo 10 de la Ley 49 de 1987. Al estar probado que el demandado presentó renuncia del cargo de personero municipal ante el Concejo del municipio, la que le fue aceptada en la misma fecha sin que exista en el expediente elemento probatorio alguno indicativo de que entre el 6 y el 15 siguientes dicho señor hubiera cumplido actuación propia de las funciones de ese empleo, estima la Sala que puede deducirse que el demandado a partir de la aceptación de su renuncia hizo dejación del cargo que venía desempeñando, por lo tanto no se encuentra comprendido dentro de los seis meses anteriores a la elección como alcalde consagrada como inhabilidad.

ALCALDE - Inhabilidades / DOMICILIO / RESIDENCIA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal / ELECCION DE ALCALDE - Régimen aplicable

La prohibición contenida en el artículo 316 de la C. N. comprende a los electores mas no a los candidatos, concepto que ha venido sosteniendo con fundamento no sólo en un criterio de interpretación formal basado en el enunciado mismo de la norma, cuando prohíbe a los votantes que no sean residentes en el respectivo municipio, participar en la elección de autoridades locales, sino mirada aquélla en su contenido material o de fondo. La norma no ha sido reglamentada, pero pretendiendo el legislador facilitar su aplicación en las elecciones del 8 de marzo de 1992 expidió la Ley 02 del 21 de febrero de 1992. Esta disposición transitoria se refiere

a los votantes, es decir a los electores y nada dice de los candidatos reafirmando el criterio sentado por la Sección respecto a la aplicación del artículo 316 de la C. N., únicamente en relación con aquéllos. Respecto a la elección popular de alcaldes, está vigente la Ley 49 de 1987, que en su artículo 2º contempla dicha inhabilidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., 26 de marzo de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0944.

Electoral Segunda Instancia.

Actor: Angel Martínez Sendoya.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 1992, por el Tribunal Administrativo del Tolima.

LA ACCION Y SUS FUNDAMENTOS

El ciudadano Luis Angel Martínez Sendoya, obrando en su propio nombre, en escrito que obra a folio 13, posteriormente corregido a folios 62 y ss., demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima la nulidad de los actos administrativos, acta parcial y acta general de escrutinios, mediante los cuales se declaró electo como alcalde municipal de Prado, Tolima, al doctor Arturo Perdomo Góngora, para el período 1992-1994, y como consecuencia, la cancelación de la respectiva credencial.

Aduce el actor que para las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992 el nombrado ciudadano no podía ser elegido alcalde, por prohibición expresa del artículo 316 de la Constitución Nacional, al no ser residente en el municipio de Prado, pues esta norma sepultó definitivamente las calidades para ser elegido alcalde que contemplaba el artículo 2º de la Ley 49 de 1987. Textualmente afirma: «Independientemente de que hubiere nacido en esa comprensión municipal, en cualquiera de los sectores urbano y rural; o de que hubiere sido vecino de allí durante tres años consecutivos en cualquier época de su vida; o hubiere desempeñado con eficacia o sin ella cargos públicos en dicho lugar, no tuvo la condición previa de ser “ciudadano residente” en el último año anterior al ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992) y por esta razón el quebranto directo del precepto establecido en el artículo 316 de la Carta Fundamental del Estado fue total...».

SECCIONQUINTA

En el escrito de corrección al libelo demandatorio se formula un nuevo cargo, consistente en «haber ejercido el demandado autoridad civil y/o administrativa dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de su elección», como personero del municipio de Coyaima, Tolima, cargo que desempeñó hasta el 15 de septiembre de 1991, «como lo certifica el Alcalde de esa población», habiéndose violado de manera palmaria el artículo 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, modificada por el artículo 1º, parágrafo 2 de la Ley 49 de 1987.

Contestación de la demanda (folios 45-121)

Por conducto de apoderado, el doctor Arturo Perdomo Góngora se opuso a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los hechos y omisiones no los admite, «dada la forma como han sido presentados, pues...son apreciaciones del memorialista que no consultan la realidad jurídica...».

Hace breve comentario sobre algunas normas, de las cuales destaca el artículo 293 de la C. N., para señalar que es la ley la que determina las calidades, inhabilidades, incompatibilidades y demás situaciones de los ciudadanos que sean elegidos por votación popular.

Y el artículo 316 del mismo texto constitucional, expresando que éste se refiere al llamado trasteo de votos, y sólo tiene incidencia en el campo o etapa de las votaciones y nada tiene que ver con el señalamiento de inhabilidades para los que aspiren a ser elegidos, pues en relación con los alcaldes rigen las que señalan la Ley 49 de 1987 en su artículo 2º y la Ley 78 de 1986 en su artículo 5º.

Respecto al cargo que el actor denomina «adicional de inhabilidad», expresa el apoderado del demandado: «Aceptada la renuncia presentada por un empleado o funcionario, se produce la cesación definitiva de funciones (literal b) artículo 25 D. L. 2400 de 1968) y que no habiendo señalado la entidad nominadora plazo alguno, para el retiro del funcionario, los efectos de la cesación de funciones son inmediatos».

Y si no se designó su reemplazo al dimitente, «no es culpa de éste sino es negligencia de la entidad nominadora».

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia calendada en octubre 30 de 1992 (fls. 183 y ss.), denegó las pretensiones de la demanda.

Al estudiar el primer cargo, relacionado con la violación del artículo 316 de la C. N., observa que esta disposición «no establece una causal de ineligibilidad, sino que se refiere a la capacidad de quienes eligen electores... y en el evento de que fuere aplicable, tampoco se darían los supuestos de la demanda, atinente a la no residencia del demandado en el municipio de Prado porque dentro de este proceso obran suficientes medios probatorios que determinan lo contrario...». Seguidamente hace relación de estas pruebas y al valorarlas de acuerdo con la ley, llega a la conclusión de que el demandado tenía dos domicilios civiles por razón de oficio o actividades personales a la fecha de la inscripción de su candidatura, siendo uno de ellos el municipio de Prado, Tolima.

En párrafo siguiente dice el Tribunal:

«En cuanto se relaciona con la inhabilidad consistente en que el doctor Arturo Perdomo Góngora fue funcionario hasta el 16 de septiembre de 1991, se tiene que esta causal se encuentra caducada toda vez que si las elecciones para alcaldes populares se realizaron el 8 de marzo de 1992, las demandas electorales contra estas elecciones han debido instaurarse dentro de los veinte días siguientes, y no como ocurre en el *sub lite* que alegaron por el demandante (sic) en la corrección de la demanda inicial presentada el 18 de mayo de 1992 cuando se encontraba precluido el término legal para entablar las demandas electorales... Por lo anterior, carece de fundamentación la causal invocada».

EL RECURSO DE APELACION

Mostrando inconformidad con la decisión, el actor la recurrió en apelación. En su extenso escrito de sustentación, luego de cuestionar por estimarlo irreal, el párrafo final del folio 2 de la providencia donde se dice: «Dentro del término de fijación en lista el demandante adicionó la demanda», se refiere a la causal de inhabilidad por haber ejercido el elegido alcalde autoridad civil dentro del semestre anterior al día de las elecciones, para resaltar que aquélla no se alegó por fuera del término de caducidad, como lo dice el Tribunal de manera errática, considerándola caducada.

Cita el apelante, parcialmente, en apoyo de sus alegaciones, la sentencia dictada por esta sección el 1º de marzo de 1991 en el Expediente número 0947.

En relación con el análisis que se hace en el fallo sobre el artículo 316 de la C. N., que se invoca como transgredido, el actor dice:

SECCIONQUINTA

«No se puede ni se debe hacer obrar la prescripción del artículo 316 de la Constitución Nacional con normas, doctrinas ni jurisprudencias anteriores al 7 de julio de 1991. Las nociones de domicilio, lugar de nacimiento, residencia durante tres años en cualquiera de las épocas, ... fueron mandadas a recoger por la condición de residente, para poder participar o como funcionario electoral, o como postulante de candidatos, porque todas son maneras de participar».

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (E.), al referirse al artículo 316 de la C. N., expresa el mismo argumento sostenido por el *a quo*, de que la disposición está dirigida sólo en relación con los electores, estableciendo una limitación al voto: «Se encamina a evitar el traslado de aquéllos de una localidad a otra, evitando que se elijan candidatos en municipios donde no tienen el respaldo de sus habitantes y ninguna vinculación con ellos. Este principio fue recogido por el artículo 1º de la Ley 02 de 1992...».

Observa, además, que para la elección de alcaldes tiene vigencia el régimen particular de inhabilidades consagrado por el legislador en la Ley 49 de 1987 y para el caso que alega el actor en el artículo 2º de la misma ley.

Respecto al cargo formulado en la adición de la demanda, dice la Procuradora que debe estudiarse porque la corrección de la demanda fue presentada dentro del término previsto en el artículo 230 del C.C.A.; pero al emitir su concepto, señala que, de acuerdo con las pruebas allegadas se demuestra que el señor Arturo Perdomo Góngora prestó sus servicios como personero municipal de Coyaima, Tolima, hasta el 5 de septiembre de 1991; además, que durante los días 6 al 15 de septiembre del mismo año, ese cargo permaneció vacante; las pruebas en que sustenta el concepto obran a folios 59, 60 y 61. Concluye manifestando que no se encontraba inhabilitado, como se acusa en la demanda.

No se observan vicios de nulidad que invaliden la actuación; procede hacer pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Dos cargos formula el actor contra el acto administrativo que declaró la elección del ciudadano Arturo Perdomo Góngora, como alcalde del municipio de Prado, Tolima, para el período comprendido entre el 1º de junio de 1992

al 31 de diciembre de 1994. Serán estudiados en el mismo orden que fueron propuestos en el escrito de demanda y su corrección.

Primer cargo

Parte del supuesto que en las elecciones para autoridades locales realizadas el 8 de marzo de 1992, el antecitado ciudadano no era residente de la municipalidad para la que resultó elegido alcalde, y no reuniendo este requisito de residencia, al expedirse el 10 de marzo siguiente el acto de elección por la Comisión Escrutadora Municipal, se violó el artículo 316 de la Constitución Nacional.

De acuerdo con el recurrente, esta disposición derogó el artículo 2º de la Ley 9ª de 1987, y las hipótesis en ésta contempladas, referidas a las calidades para ser elegido alcalde, fueron recogidas al expresar aquélla que quienes participen en las votaciones para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter deberán ser ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

La Sala, al examinar casos similares al que en este momento ocupa su atención, ha dicho que la prohibición contenida en el artículo 316 de la Constitución comprende a los electores, mas no a los candidatos, concepto que ha venido sosteniendo, como lo hace en este proveído, con fundamento no sólo en un criterio de interpretación formal basado en el enunciado mismo de la norma, cuando prohíbe, a los votantes que no sean residentes en el respectivo municipio, participar en la elección de autoridades locales, sino mirada aquélla en su contenido material o de fondo.

Y es este último aspecto, el sustancial, el que le da claridad al contenido formal del texto, evitando que el propósito del constituyente al expedir la norma se vea influido por interpretaciones gramaticales que enerven su verdadero sentido: «impedir el acarreo de electores de una circunscripción a otra», por ser «práctica tortuosa gracias a la cual políticos inescrupulosos se han hecho elegir en las localidades donde no tienen respaldo de sus habitantes, o cuyos presupuestos tienen un particular atractivo y de lo cual ha resultado que a las poblaciones se les imponen autoridades electas por forasteros», como lo señalan eminentes constitucionalistas, algunos de ellos activos participantes y otros asesores de la Asamblea Nacional Constituyente en la obra *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, página 529.

Agregan los mismos autores que «la nueva disposición constitucional permitirá a la ley, a la vez, prohibir y sancionar la corruptela electoral descrita,

SECCION QUINTA

y reglamentar el requisito de residencia en materia de votaciones». (Resalta la Sala).

La norma no ha sido reglamentada, pero pretendiendo el legislador facilitar su aplicación en las elecciones del 8 de marzo de 1992, expidió la Ley 02 del 21 de febrero de 1992, que en su artículo 1º dispuso:

Se entiende que quien vote en las elecciones del 8 de marzo de 1992 declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio.

Si falta a la verdad, incurre en las sanciones legales.

Esta disposición transitoria se refiere a los votantes, es decir, a los electores; y nada dice de los candidatos, reafirmando el criterio sentado por la Sección respecto a la aplicación del artículo 316 de la C. N., únicamente en relación con aquéllos.

Ahora, si cobijara también a éstos, por ser la misma razón de vecindad igual para unos y otros, así lo hubiera expresado el legislador.

Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que la inhabilidad alegada por el actor carece de fundamento, no siendo necesario análisis alguno respecto al material probatorio allegado por las partes, en procura de acreditar los respectivos extremos de la litis.

Debe sí observar la Sala, como lo hace la representante del Ministerio Público, que, respecto a la elección popular de alcaldes, está vigente la Ley 49 de 1987, que en su artículo 2º contempla dicha inhabilidad, disposición que no fue invocada por considerarla el actor derogada, siendo por tanto el cargo 1, impróspero.

Segundo cargo

Lo formula el actor en el escrito de corrección al libelo, dentro de la oportunidad prevista en el artículo 230 del C.C.A., y como bien lo solicita la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (E.), procede su estudio porque la demanda, inicialmente, fue presentada dentro del término de caducidad, interrumpiéndolo.

El Tribunal, mediante un confuso planteamiento, al respecto expresa: «En cuanto se relaciona con la inhabilidad consistente en que el doctor Arturo Perdomo Góngora fue funcionario hasta el 16 de septiembre de 1991, se tiene que esta causal se encuentra caducada toda vez que si las elecciones para alcaldes populares se realizaron el 8 de marzo de 1992, las demandas electorales contra estas elecciones han debido instaurarse dentro de los veinte días siguientes, y no como ocurre en el *sub lite* que alegaron (sic) por el

demandante en la corrección de la demanda inicial presentada el 18 de mayo de 1992, cuando se encontraba precluido el término para entablar demandas electorales... por lo anterior, carece de fundamentación la causal invocada».

Con este lacónico e ininteligible párrafo, despacha el *a quo* el segundo cargo. Parecería, según su redacción, que tanto la demanda, como el escrito de corrección, se hubieran presentado por fuera del término legal. De estimarse así, lo obvio era su rechazo o el fallo inhibitorio en relación con el mismo.

Pero la realidad procesal es otra. El actor presentó la demanda dentro del término previsto en el artículo 7º de la Ley 14 de 1988, y la corrigió antes de que quedara en firme el auto admisorio, es decir, cuando el término de caducidad se encontraba interrumpido. Corrección que, «por reunir los requisitos legales», se admitió en auto visible a folio 79, integrándose al escrito inicial.

Visto lo anterior, pasa la Sala al examen del cargo, dado que corresponde a uno de los puntos aducidos en el escrito de apelación. Consiste en que el doctor Arturo Perdomo Góngora, en su condición de personero municipal de Coyaima, Tolima, ejerció autoridad «civil y/o administrativa», dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de elección, violando el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º parágrafo 2 de la Ley 49 de 1987, que al efecto dispone:

No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)

e) como funcionario dentro de los 6 meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los 3 meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado, por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Está demostrado en el proceso (fl. 52) que el doctor Perdomo Góngora, el 6 de septiembre de 1990 tomó posesión del cargo de personero de la municipalidad antecitada, para el periodo comprendido entre el 1º de septiembre del mismo año y el 31 de agosto de 1992.

Igualmente, que el 5 de septiembre de 1991, en escrito que obra a folio 53, dirigido al presidente y demás miembros del Concejo Municipal, presentó

SECCION QUINTA

renuncia del cargo, la que en sesión de la misma fecha fue aceptada, pero sin que se le designara su reemplazo (fls. 55 y 56).

El alcalde, a folio 61, certifica que el día 16 de septiembre de 1991 se posesionó como personero municipal de Coyaima el doctor Gustavo Melo Martínez y que durante los días comprendidos entre el 6 y el 15 de septiembre de 1991 ejerció ese cargo el doctor Perdomo Góngora, porque nadie fue encargado del mismo durante los días anteriores a la posesión del reemplazo.

Estos documentos públicos no fueron tachados de falsos por el demandado, quien en escrito (fl. 121) sólo se refiere al último de los mencionados, calificándolo de irregular al certificarse por el jefe de la administración la continuidad en el cargo de personero por parte del demandado, hasta la posesión del reemplazo, expresando, además, que «aceptada la renuncia presentada por un empleado o funcionario, se produce la cesación definitiva de funciones (literal b) artículo 25 D. L. 2400 de 1968) y que no habiendo señalado la entidad nominadora plazo alguno para el retiro del funcionario, los efectos de la cesación de funciones son inmediatos».

El personero municipal es un funcionario que ejerce autoridad civil, porque además de agente del Ministerio Público, como veedor ciudadano está investido de las atribuciones consagradas en el D. L. 1333 de 1986 y artículo 10 de la Ley 49 de 1987, además de otras disposiciones a que hace referencia la jurisprudencia invocada por el actor en el libelo de corrección a la demanda (fls. 62 y ss.), producida por la Corporación en auto del 31 de mayo de 1990, Expediente 0540, en la que se definen claramente los conceptos de jurisdicción y autoridad y se especifican las atribuciones de los personeros municipales.

Al examinar la certificación expedida por el Alcalde de Coyaima, Tolima, en mayo 14 de 1992, que aparece al folio 61 del Expediente 0944, se puede deducir que al indicar en el numeral 2 «que durante los días comprendidos entre el seis (6) y el quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) ejerció el cargo de personero el doctor Arturo Perdomo Góngora», lo hace no porque le conste personalmente la ocurrencia de esos hechos, o porque tal situación aparezca registrada en los archivos de esa oficina, sino porque «vale decir, nadie fue encargado del cargo de personero municipal de Coyaima por este Despacho durante los días anteriores a la posesión del actual personero, doctor Melo Martínez»; es decir, se trata simplemente de una deducción que dicho funcionario saca del hecho de no haberse dado el encargo en la personería de Coyaima por esa época.

El tesorero del mencionado municipio, en abril 22 de 1992, certificó que «revisados los libros y nóminas que se llevan en este Despacho, se hallaron las constancias legales de que el doctor Arturo Perdomo Góngora... prestó sus servicios a este municipio como personero municipal del lugar, durante el tiempo comprendido del 6 de septiembre de 1990 al 5 de septiembre de 1991». El 14 de mayo del mismo año expresó que revisado el registro de libros, nóminas y cuentas que se llevan en la Tesorería Municipal, no aparece constancia alguna que especifique pago de sueldo, viáticos, gastos de representación durante los días 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de septiembre de 1991 ni a nombre de persona alguna, en el cargo de personero municipal de Coyaima, Tolima (fls. 59 y 60).

Lo certificado por el tesorero de Coyaima guarda relación y concordancia con lo expresado por el alcalde del mismo municipio, en cuanto a que entre los días 6 a 15 de septiembre de 1991 no figuró persona alguna encargada de desempeñar el cargo de personero de esa localidad y por ello, no hubo pago de sueldo, viáticos, gastos de representación por el desempeño de ese cargo.

Al estar probado que Perdomo Góngora el 5 de septiembre de 1991 presentó renuncia del cargo de personero de Coyaima, ante el Concejo del mismo municipio que le fue aceptada en la misma fecha, sin que exista en el expediente elemento probatorio alguno indicativo de que entre el 6 y el 15 siguientes dicho señor hubiera cumplido actuación propia de las funciones de ese empleo, estima la Sala que puede deducirse, Perdomo Góngora, a partir de la aceptación de su renuncia, hizo dejación del cargo que venía desempeñando, lo cual encuentra respaldo en las certificaciones analizadas; por lo tanto, no se encuentra comprendido dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección como alcalde consagrada como inhabilidad por las normas citadas en la demanda.

Lo analizado es antecedente, de la confirmación del fallo apelado, por los motivos aquí expuestos.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia de octubre 30 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual fueron negadas las peticiones de la demanda.

SECCION QUINTA

En firme esta providencia, vuelva el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL / SERVIDOR PUBLICO / PARTICIPACION EN POLITICA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal

El demandado está incurso en la causal de nulidad prevista en el párrafo 1 de la Ley 49 de 1987, en cuanto dentro de los tres meses que precedieron a la fecha de su elección como alcalde popular, se desempeñó como empleado oficial. Aun cuando el artículo 127 de la Constitución Nacional admite que ciertos servidores públicos participen en política es necesario que el Congreso expida la ley que reglamente la forma y condiciones de participación en dichas actividades, tal como lo señala el inciso tercero del canon constitucional aludido; en consecuencia, mientras ello no ocurra, la causal de nulidad prevista en la Ley 49 de 1987 tiene plena vigencia y su aplicación es forzosa.

COPIAS - Valor probatorio / DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES

Por mandato del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente, tuvieren o no como destino servir de pruebas se reputan auténticos, sin necesidad de autenticación.

PRUEBAS - Oportunidad / NULIDAD PROCESAL - Causales / INCIDENTES - Improcedencia

El numeral 6 del artículo 140 del C. de P. C., se refiere a las oportunidades para pedir pruebas en el proceso no en los procedimientos o trámites incidentales, para los cuales, la ley no ha reservado las nulidades procesales como formas de impugnación. No sobra anotar que si el artículo 143 del C. de P. C. admite que las nulidades se propongan después de dictada una sentencia, es de suponer que esa clase de providencias da lugar a una actuación

SECCIONQUINTA

posterior, lo cual, excluye a procesos que como el sub iudice, concluyen cuando se dicta el proveído mencionado. Cuando el término para alegar se encontraba vencido, el apoderado del demandado plante un incidente de nulidad, el cual no es procedente conforme lo dispone el artículo 242 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0937.

Electoral Segunda Instancia.

Apelación Sentencia.

Actor: Jesús María Soto Vásquez.

Si decide el recurso de apelación interpuesto, oportunamente, por el apoderado del demandado (fls. 91 - 95 cdno. número 1) y por uno de los terceros impugnadores (fls. 97 - 99 cdno. número 1), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 10 de noviembre de 1992 (fls. 71 - 88 cdno. número 1).

ANTECEDENTES:

1. En demandas separadas y posteriormente acumuladas, el abogado Jaime Salazar Grisales y el ciudadano Jesús María Soto Vásquez, demandaron del Tribunal Administrativo del Tolima, la nulidad de la elección del señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, como alcalde popular del Municipio de Suárez, Tolima, para el período comprendido entre el 1 de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994. Como consecuencia de dicha declaración, solicitaron la exclusión del cómputo general de votos contenidos en el acta parcial, respecto de la declaratoria de elección del señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, al igual que la cancelación de la respectiva credencial y la realización de un nuevo escrutinio.

2. Los actores consideran que el acto impugnado transgrede los siguientes artículos: 13, 127, 293, 314 de la Constitución Nacional; 5, literal e) de la Ley 78 de 1986; parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987; 65 de la Ley 96 de 1985; 223-5, 228 del C.C.A., 79 y 113 del Decreto legislativo 80 de 1980; 83 del Decreto 1333 de 1986 y 54 de la Ley 11 de 1986.

3. A juicio de los demandantes, el señor Córdoba Duarte era inelegible, dado que antes y después de su elección, se desempeñó como empleado oficial docente, en calidad de Director de la Concentración Escolar Mixta Garzón y Collazos ubicada en el mismo Municipio de Suárez.

El mencionado Córdoba Duarte no renunció al magisterio, sino que pidió una licencia no remunerada, por el término de 90 días, a partir del 6 de diciembre de 1991, que le fue concedida por la Alcaldía de la localidad mencionada.

4. En el mismo escrito demandatorio, el actor Jaime Salazar, solicitó la suspensión provisional del acto demandado, medida cautelar que fue decretada por el *a quo*, en la misma providencia que admitió la demanda (fls. 39-43 cdno. núm. 2).

5. Por conducto de apoderado, el señor Pablo Emilio Córdoba Duarte contestó la demanda, manifestando su oposición a las pretensiones y refiriéndose, por separado a las pretensiones, a los hechos y a las disposiciones citadas por el actor como transgredidas (fls. 188 - 198 cdno. núm. 4 y 36 - 38 cdno núm. 1), proponiendo además dos excepciones consistentes en la omisión de la citación al Registrador Nacional del estado Civil y la inidoneidad de los documentos incorporados al proceso por el demandante.

6. Por auto del 30 de julio de 1992, el Tribunal Administrativo del Tolima, resolvió decretar la acumulación de procesos (fls. 45 - 47 cdno. núm. 1) y posteriormente procedió a realizar el sorteo de magistrado a quien correspondía fallarlos.

7. Al proceso comparecieron, en calidad de terceros intervinientes, para oponerse a la acción, los ciudadanos Israel Prez Carvajal (folio 61 cuaderno número 2), Oscar Aguirre Gómez (fl. 1 cdno. núm. 3) y Félix Eduardo Martínez Ramírez (fl. 48 cdno. núm. 1).

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

1. Antes de decidir el fondo del asunto, el *a quo* se refirió a la solicitud formulada por el tercero Oscar Aguirre Gómez, en el sentido de que se decretara la nulidad de todo lo actuado a partir de las notificaciones por estado -inclusive- de los autos admisorios de las demandas, en razón de que esas providencias no fueron notificadas por el Juez Promiscuo Municipal de Suárez, funcionario comisionado, sino por su secretaria encargada y tampoco se realizaron dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero del artículo 121 del C. de P. C.

A juicio del Tribunal, ese incidente no podía prosperar, en razón de que el artículo 171 del C. de P. C., se refiere a los términos dentro de los cuales deben ejecutarse los actos procesales y la notificación tiene por objeto

SECCION QUINTA

informar a la persona afectada con la respectiva decisión, diligencia que por mandato del artículo 140 del Decreto 052 de 1987 debe realizar el secretario del juzgado y no el juez y agrega, que como los actos procesales son eminentemente reglados, el artículo 315 del C. de P. C., establece el modo, tiempo y el sujeto que puede hacer la notificación y de ese ordenamiento se desprende que el secretario, el notificador o quien la ley disponga, pondrá en conocimiento del interesado la providencia respectiva en cualquier día y hora, hábil o no, pues a la postre lo importante es que obre la constancia documental respectiva de que la persona a quien corresponda comunicársele, se enteró de la providencia y en esas condiciones no pudo existir vulneración del derecho de defensa.

Ni del contenido de la solicitud ni del proceso, el *a quo* encontró prueba reveladora de que el interviniente sufriera perjuicio y menos que se hubiera individualizado el interés jurídico que pretenda satisfacer la nulidad.

Las consideraciones resumidas, condujeron al Tribunal a afirmar que no se estructuraron los supuestos fácticos tipificadores de la causal de nulidad procesal alegada.

2. Seguidamente, analizó la excepción propuesta por el apoderado del demandado, que se hizo derivar de la omisión en la citación del Registrador Nacional del Estado Civil y en relación con ella dijo que en la acción pública electoral el ciudadano elegido es quien tiene la condición de parte demandada y en tal calidad debe disponerse la modificación personal del alto admisorio de la demanda, conforme lo prescribe el artículo 2333 del C.C.A., ya que la inhabilidad es un impedimento que solo afecta a la persona en quien concurren los elementos tipificadores de la causal.

3. Al evaluar en conjunto la prueba documental allegada al proceso, el *a quo* concluyó que el señor Pablo Emilio Córdoba Duarte se desempeñaba como empleado oficial, porque según el D. 061 del 9 de febrero de 1970, se vinculó al servicio, habiendo tomado posesión el 16 de febrero de 1970 y por esta vinculación legal y reglamentaria, ostentaba la calidad de empleado público.

El educador Pablo Emilio Córdoba, se encontraba en uso de la licencia que le fue concedida por solicitud propia, desde el 6 de diciembre de 1991, hasta el 5 de marzo de 1992, para separarse del cargo de Director de la Escuela Urbana, pero al mismo tiempo continuó ejerciendo las funciones de coordinador de todas las escuelas del Municipio de Suárez, hasta el 20 de enero de 1992, fecha en la que el licenciado Juan Aurelio Mazuera Sánchez,

asumió el cargo de Director de Núcleo número 44, tal como se verifica al folio 13 del proceso radicado con el número 8669. Por estas razones, el Tribunal encontró que la conducta del docente se adecuaba a la causal de inelegibilidad prevista en el párrafo del artículo 1 de la Ley 49 de 1987.

4. En cuanto tiene que ver con la excepción a la prohibición para que algunos empleados del Estado intervengan en actividades y controversias políticas, observó el *a quo*, que como esa excepción no ha sido reglamentada por la ley, como lo dispone el artículo 127 de la Constitución Nacional, el impedimento legal previsto en el precepto que se invoca como violado no ha desaparecido del ordenamiento legal y en consecuencia, la causal de inhabilidad señalada en l, tiene plena vigencia.

Con base en los argumentos brevemente resumidos, el Tribunal Administrativo del Tolima, declaró no probadas, la causal de nulidad planteada por el interviniente y, la excepción propuesta por la parte demandada, as mismo, declaró la nulidad de la elección del señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, como alcalde municipal de Suárez y en consecuencia, orden a la Registraduría Nacional del Estado Civil, cancelar la credencial correspondiente.

EL RECURSO DE APELACION:

1. De la parte demandada

El apoderado del señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, solicita la revocatoria de la sentencia apelada y que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual expone los fundamentos que seguidamente se resumen:

1.1 El *a quo* omitió decidir la excepción denominada “inidoneidad de los documentos incorporados al proceso por el demandante” y que por su serio y juicioso contenido debió prosperar.

1.2 La inhabilidad pretendida por los actores no se estructuró en el caso *sub lite*, en razón de que no se demostró que el señor Pablo Emilio Córdoba hubiera ejercido un cargo de dirección administrativa, por el contrario, el demandado probó que no desempeñó los cargos de Director de la Concentración Escolar Mixta “Garzón y Collazos” ni de Coordinador de las escuelas del mismo municipio, para cuyo efecto, aportó los documentos que obran en los siguientes folios: 1, 22, 7, 10 97, 115 a 119, 121, 124 y 97 Exp. 8669; 34 y 35 Exp. 8674: los cuales en su opinión, desvirtúan los provenientes del Director del Núcleo de la Técnica Administrativa del FER, de la alcaldesa de Suárez, en el sentido

SECCION QUINTA

de que los funcionarios competentes para certificar en relación con los cargos de docentes o directivos docentes son el Jefe de la Sección de Personal en Secretaría de Educación del Tolima y el Delegado del Ministerio de Educación, por lo tanto, carecen de validez las certificaciones expedidas por los primeros ya que usurparon e invadieron las funciones de otros, en un típico abuso y extralimitación de funciones.

Los documentos relacionados por el demandado, lo mismo que los argumentos por él expuestos, no fueron tenidos en cuenta por el *a quo* al dictar sentencia.

Los libelistas tampoco demostraron que el docente Pablo Emilio Córdoba Duarte, se hubiera desempeñado como empleado oficial dentro de los tres meses que precedieron su elección, ya que se había separado de su cargo, en virtud de la licencia ordinaria que desde el 6 de diciembre de 1991 y hasta el 9 de marzo de 1992, le fue concedida, pues, en su sentir, no bastaba demostrar la vinculación, sino que además deba probarse el desempeño como empleado oficial circunstancia que en este caso no se cumplió, porque su voluntad y solicitud propia, el docente Córdoba Duarte se separó del cargo, en razón de la licencia otorgada.

Sostiene que el *a quo* se equivocó al considerar que la conducta del demandado es adecuada a la causal de inhabilidad prevista en el párrafo señalado del artículo 1 de la Ley 49 de 1987, pues él jamás fue nominado coordinador ni ejerció cargos de dirección administrativa y si por licencia se separó del empleo que tenía, pregunta cómo pudo ejercer funciones de coordinador hasta el 20 de enero de 1992.

1.3 La Constitución Política -dice- no es inoperante, porque ella está vigente y negarle aplicación so pretexto de "falta de desarrollo legal" equivale a desconocer dicha vigencia; asegura que su poderdante podía participar en política, en razón de no encontrarse ubicado en las restricciones o prohibiciones del artículo 127 de la Carta (inciso segundo) y si el inciso tercero de este precepto no ha desaparecido del ordenamiento legal, la inhabilidad pretendida lo contraria, pues mientras que la Carta Fundamental le permite intervenir en política, esa misma intervención es reprimida por el literal e) del artículo 1 párrafo segundo de la Ley 49 de 1987 y por esta razón, el fallador de primera instancia debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4 de la C. N.

2. Del tercero interviniente

Para este recurrente, la sentencia de primera instancia debe ser revocada y en su lugar decretar la nulidad a partir de las notificaciones por estado de los autos que le admitieron las demandas, en razón de que el *a quo* no tramitó el incidente de nulidad conforme lo haba solicitado y optó por decidir la nulidad en la sentencia, lo que dio lugar a una gravísima irregularidad al omitirse el decreto y práctica de las pruebas (artículo 140 - 6 del C. de C.), que había solicitado en el escrito contentivo de la nulidad, como también se omitió cualquier pronunciamiento en relación con el recurso de reposición que interpuso contra el auto del 7 de octubre de 1992.

Manifiesta su desacuerdo con la decisión del Tribunal, en cuanto afirma que la nulidad procesal alegada no se estructuró en virtud del artículo 142 del Decreto 1265 de 1976, pues en este caso la diligencia de modificación especial, insiste, deba realizarla el juez y no el secretario, en quien tampoco deba delegar tal obligación, sin exceder, como en efecto excedió, los límites de sus facultades, por lo tanto, considera que esa actuación es nula (artículo 34 C. de P. C.).

Agrega que el día 1 de junio fue feriado y por lo tanto no se podía laborar normalmente, ni ejecutar ningún acto judicial, distinto de la posesión del alcalde de Suárez, porque así lo ordena la Corte Suprema de Justicia, en su Circular 009 del 21 de mayo de 1992 agrega que cuando el artículo 315, consagra la posibilidad de que en cualquier día y hora -hábil o no- el secretario ponga en conocimiento del interesado las providencias respectivas, se refiere a las providencias emanadas del propio juzgado y no a las que tienen origen en otros despachos judiciales, por tal motivo, a su juicio, esa norma es inaplicable al *sub judice*.

Si bien es cierto, dice, que no sufrió perjuicio alguno, también lo es que por tratarse de un proceso electoral que puede ser promovido por cualquier ciudadano, tenía la posibilidad de prohiar u oponerse a las pretensiones de la demanda.

En concepto visible a folios 120 a 126, la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (E.), solicita la confirmación de la sentencia recurrida, pues en su sentir, la nulidad y la excepción propuestas no están llamadas a prosperar y el señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, se encontraba incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 5 -e) de la Ley 78 de 1986- modificado por el artículo 1 de la Ley 49 de 1987- que aún está vigente.

SECCION QUINTA

CONSIDERACIONES:

1. La excepción de inidoneidad de los documentos aportados al proceso por el demandante

En términos del artículo 164 del C.C.A., en procesos como el *sub judice*, solo tienen cabida las excepciones de fondo; con ellas es bien sabido, la parte demandada busca extinguir las consecuencias jurídicas de algunos hechos - que no pruebas - expuestos en la demanda y para el efecto presenta otros (hechos) que se contrapongan a los peligros esta circunstancia unida a la de que la ley consagra diferentes medios tendientes a negarles valor probatorio a los documentos, ponen de manifiesto que la calidad o idoneidad de la prueba no puede ser discutida utilizando la figura de las excepciones. Por estas razones, los reparos que como medios exceptivos se expusieron contra las pruebas documentales presentadas por la parte actora, serán tomados con el ejercicio del derecho de contradicción que le asiste a la demandada.

En efecto, el apoderado del señor Córdoba Duarte, calificó de inidóneos los documentos aportados por el actor en su oportunidad (folio 130 cuaderno número 2) y no precisó la oportunidad a la que se refería; es evidente que ella no podía ser otra que el momento de la presentación de la demanda ya que el medio exceptivo en cuestión se propuso en la contestación de la misma.

El recurrente hace consistir la inidoneidad que alega, en el hecho de que las copias aportadas en reproducción mecánica carecen de valor probatorio, ya que no fueron autenticadas por notario o juez, conforme lo disponen los artículos 53 y 254 del C. de P. C.

Al respecto, es suficiente anotar que por mandato del artículo 25 del D. 2651 de 1991, los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente, tuvieran o no como destino servir de pruebas se reputan auténticos, sin necesidad de autenticación.

En sentir del apelante la prueba documental allegada por el actor, visible a folios 5, 6, 8, 9, 13 y 15 no está constituida por documentos públicos, debido a que los mismos fueron elaborados y suscritos por empleados oficiales que al momento de expedirlos ejercieron funciones que no les correspondan y para demostrar su afirmación, anexo otros documentos en los cuales se observa:

Mediante oficio número 037 del 6 de mayo de 1992, el Jefe de la Oficina de Planeamiento Educativo, envió a este proceso relación de las funciones asignadas a los Directores de Núcleo (fls. 115 - 117 cdno. número 2) con el que el apelante dice se desvirtúa la constancia expedida por el Director del

Núcleo de Suárez, en la que pone de presente que el 18 de marzo de 1992, el señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, laboraba como Director del Núcleo de Suárez (fl. 5 cdno. núm. 2).

La relación de funciones referida, en manera alguna desvirtúa la constancia expedida por el Director de Núcleo número 44 de Suárez, antes bien, alguna de esas funciones, dejan ver que las labores de coordinación y control del Director con los diferentes estamentos educativos y con las autoridades del municipio, permiten mantenerle informado, no solo acerca de la situación de los planteles de su localidad, sino de las personas que laboran en ellos ahora bien, resulta de extremo rigorismo creer que si un manual de funciones no autoriza a un funcionario a expedir constancias, debe presumirse que carece de competencia para hacerlo.

Es cierto que el Secretario de Educación del Tolima envió varias certificaciones, mediante las cuales señala cuáles son los funcionarios competentes para certificar en relación con la posición, funciones, grado y categoría de los docentes o directivos docentes (folios 115 - 117 cuaderno número 2), sin embargo no puede dejarse de lado la previsión del artículo 9 de la Ley 29 de 1989, mediante el cual asignó a los alcaldes municipales, las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y en general administrar al personal docente y administrativo, entre otros, de los planteles educativos nacionales y nacionalizados y ello explica la constancia expedida por la Alcaldesa del Municipio de Suárez, en el sentido de que el señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, ejerció las funciones de coordinador de todas las escuelas del Municipio de Suárez, hasta el 20 de enero de 1992, fecha en la que asumió el licenciado Juan Aurelio Mazuera Sánchez (fl. 13 cdno. núm. 2), constancia, que dicho sea de paso, no contradice la expedida por el Jefe de Personal de la Secretaría de Educación del Tolima, en el sentido de que al mencionado Córdoba Duarte no le figura ninguna disposición como coordinador de las escuelas del Municipio de Suárez, pues el ejercicio de las funciones asignadas a un cargo pueden ser desempeñadas de manera transitoria v. gr. mientras se designa un titular.

Corolario obligado, es que la prueba documental aportada por el actor, merecía ser tenida en cuenta, como en efecto lo fue, al momento de dictar sentencia de primer grado.

2. De la nulidad planteada

Por mandato del artículo 165 del C.C.A., en concordancia con el 1-80 del Decreto 2282/89, en procesos como el *sub judice* se aplica el artículo 142 del C. de P. C., cuyo tenor literal reza:

SECCIONQUINTA

“...*Oportunidad y trámite*. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a esta si ocurrieron en ella”.

La nulidad planteada de manera precaria en la primera instancia por el tercero que hoy recurre la sentencia, fue tramitada por el *a quo* según puede observarse en el cuaderno número 3 en efecto, mediante auto del 24 de septiembre de 1992, orden correr el traslado previsto en el artículo 142 del C. de P. C., (fl. 3) y pese a no tener que hacerlo (inc. quinto, art. 142 del C. de P. C.), posteriormente dispuso que se tuvieran como pruebas, los documentos referidos al incidente y allegados al proceso; contra esta última decisión el incidentista, interpuso recurso de reposición con el objeto de que el Tribunal decretara algunas otras pruebas; dicho recurso no fue tramitado ni resuelto por el *a quo* y en lugar de ello, procedió a decidir acerca de la nulidad, en la misma sentencia que puso fin al proceso.

La omisión del Tribunal condujo al apelante a solicitar, en esta instancia, la declaratoria de nulidad (sic) de la sentencia objeto de apelación, con base en lo dispuesto en el artículo 140-6 del C. de P. C., aduciendo que las oportunidades para pedir o practicar pruebas, fueron omitidas al dejarse de tramitar el incidente.

En primer lugar, el hecho en que se fundamenta esta causal no está previsto en el citado numeral 6 del artículo 140 del C. de P. C., puesto que el precepto aludido, se refiere a las oportunidades para pedir pruebas en el proceso no en los procedimientos o trámites incidentales, para los cuales, la ley no ha reservado las nulidades procesales como formas de impugnación y ello explica que el artículo 147 del C. de P. C. (*in fine*) disponga que:

“...Cuando se alegue nulidad dentro del trámite de un incidente se aplicara lo dispuesto en el artículo 139”, precepto que en su parte pertinente reza:

“Las cuestiones accesorias que se susciten en el curso de un incidente no estarán sujetas a trámite especial...”. Esta razón, es suficiente para rechazar de plano la nulidad planteada por el apelante y as habrá de decidirse, en cumplimiento de lo previsto en el inciso cuarto del artículo 143 del C. de P. C.

No sobra anotar que si el artículo 142 del C. de P. C., admite que las nulidades se propongan después de dictada una sentencia, es de suponer que esa clase de providencias da lugar a una actuación posterior, lo cual, excluye a procesos que como el *sub judice*, concluyen cuando se dicta el proveído mencionado.

Cuando el término para alegar se encontraba holgadamente vencido, el apoderado del demandado plante un incidente de nulidad, el cual no es procedente conforme lo dispone el artículo 242 del C.C.A. (*in fine*).

3. El problema de fondo

Al apreciar en conjunto, tal como lo dispone el artículo 187 del C. de P. C., las pruebas allegadas al proceso, aparecen demostrados los siguientes hechos:

3.1 Que por Decreto 061 del 9 de febrero de 1970, el Gobernador del Tolima, nombró al señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, como maestro seccional de la Escuela Urbana Mixta del Municipio de Suárez (folio 7 cuaderno número 2), habiendo tomado posesión el 6 de febrero de 1970 (folio 10 cuaderno número 2).

3.2 Que el 4 de diciembre de 1991, el señor Córdoba Duarte solicitó la concesión de una licencia no remunerada por 90 das, a partir del 6 de diciembre del mismo año (fl. 1 cdno. núm. 2), licencia que le fue concedida por el Alcalde Municipal de Suárez, mediante Resolución número 737 de 1991 (fl. 12 cdno. 2); esta situación administrativa en manera alguna desvinculaba del servicio público al docente mencionado, pues tal como lo señala el artículo 63 del Estatuto Docente (Decreto 2277/79), en cualquier momento podía volver a sus labores.

3.3 Y aun cuando no se estableció el móvil que originó la petición de licencia, la alcaldesa de Suárez, certificó que hasta el 20 de enero de 1992, esto es dentro de los tres meses anteriores a la elección que se impugna, el Director de la Concentración Escolar Garzón y Collazos, señor Pablo Emilio Córdoba Duarte, ejerció las funciones de coordinador de todas las escuelas de ese municipio, hasta que asumió el licenciado Juan Aurelio Mazuera Sánchez (folio 12 cuaderno número 2).

Sin lugar a dudas, la razón de las inhabilidades es evitar el aprovechamiento de la influencia que puede derivar v.gr. de un cargo público y en el evento *sub lite*, es indiscutible la que en una comunidad local, tiene quien se desempeña como Director de un establecimiento educativo, por ello, es inadmisibles la tesis del apoderado del demandado, cuya exegesis interpretativa lo lleva a asegurar que “La inhabilidad pretendida demanda un nexo causal entre el cargo o calidad y el ejercicio de la función”. Inexistente este nexo o mejor fue roto en el *sub examine* al dejar de desempeñar las funciones del cargo..., en razón de la licencia concedida (fl. 93 cdno. núm. 1).

SECCION QUINTA

En esas condiciones, es evidente que el educador tantas veces mencionado estaba incurso en la causal de nulidad prevista en el párrafo segundo, artículo 1 de la Ley 49 de 1937, en cuanto dentro de los tres meses que precedieron la fecha de su elección como Alcalde Popular de Suárez - Tolima, el 10 de marzo de 1992 (fls. 1 - 2 cuaderno número 2), se desempeñó como empleado oficial (art. 3 Decreto 2277/79) del Régimen Especial Docente.

4. Reiteradamente ha dicho esta Sala, que aun cuando el artículo 127 de la Carta admite que ciertos servidores públicos participen en política es necesario que el Congreso expida la ley que reglamente la forma y condiciones de participación en dichas actividades, tal como lo señala el inciso tercero del canon constitucional aludido; en consecuencia, mientras ello no ocurra, la causal de nulidad prevista en la Ley 49 de 1987 ya referida, tiene plena vigencia y su aplicación es forzosa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, —Sección Quinta—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA:

Primero. Por improcedente, no se admite el incidente de nulidad propuesto en esta instancia, por el interviniente Oscar Aguirre Gómez.

Segundo. Revócase el ordinal segundo de la misma y en su lugar se dispone, declarar improcedente la excepción de inidoneidad de los documentos aportados al proceso por el demandante, propuesta por el apoderado del demandado.

Tercero. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 10 de noviembre de 1992.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

AUDITOR INTERNO - Nombramiento / CONCEJO MUNICIPAL - Facultades / CONTRALOR MUNICIPAL - Facultades / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal

De la simple lectura del artículo 1 de la Ley 53 de 1990 se puede colegir que, tanto los Concejos como los Contralores Municipales, están facultados para elegir y designar, respectivamente, los funcionarios auditores, en los casos que para cada nominador allí se indican sin que en el sub lite se dé alguna de las dos circunstancias contempladas en la norma, pues al elegirse por el Concejo Municipal tal funcionario solo se dice procedió a la elección de Auditor de la Controlaría Municipal... dando a entender que fue elegido para ejercer el control interno de la misma Controlaría Municipal, aspecto este que no ha sido aún reglamentado por la ley a nivel departamental y municipal conforme lo dispone el artículo 274 de la C. N. Ahora, si no es esta la entidad ante la cual debe operar el elegido, determinar la que corresponda para dilucidar a quien compete proveer ese cargo, es asunto que merece cuidadoso estudio normativo, que solo puede hacerse en la sentencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente; Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0995.

Electoral segunda instancia.

Actora: Gloria Amparo Sandoval Mesa.

De plano conforme lo indica el artículo 155 del C.C.A. se resuelve el recurso de apelación formulado por el demandado, contra el auto del 20 de

SECCION QUINTA

enero de 1993 (fls. 30 y ss.), por el cual, el Tribunal Administrativo de Boyacá, decretó la suspensión provisional del acto administrativo impugnado.

ANTECEDENTES:

Obrando en su propio nombre, la doctora Gloria Amparo Sandoval Mesa, ocurrió ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, demandando la nulidad del acto por medio del cual, el Concejo Municipal de Tunja eligió como auditor interno de la Contraloría de la misma localidad al señor José Telésforo López Guerrero.

LA SUSPENSION PROVISIONAL Y SUS FUNDAMENTOS

En el mismo libelo demandatorio, la actora, solicita la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, argumentando que “mediante el Acta N° 025 del 26 de noviembre de 1992 correspondiente a la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Tunja, decidió elegir al señor José Telésforo, como auditor interno de la Contraloría Municipal de Tunja, notificado y aceptado en la forma como se ha referido en los hechos, en ostensible violación de la Ley 53 de 1990”.

EL AUTO RECURRIDO

Al admitir la demanda, el *a quo* encontró próspera la medida cautelar invocada por el actor, dejando sin efectos el acta demandada en cuanto a la elección del auditor interno de la Contraloría de Tunja.

Preciso es tener en cuenta -dice el Tribunal al fundamentar la decisión- que según el artículo 272 de la Constitución Nacional, en su inciso 5, dispone que los Contralores municipales, ejercerán en el ámbito de su jurisdicción las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y ese artículo en su numeral 10, resalta en la Constitución que nos rige actualmente tan celoso de la intromisión de las corporaciones en la Contraloría que prohíbe a quienes forman parte de ellas, intervenir la postulación y elección de contralor, inclusive dar recomendaciones personales y políticas para empleos en esos despachos.

Cabe anotar con claridad, que si no pueden esas corporaciones, por medio de sus miembros dar recomendaciones para un empleo, menos nombrar a personas cuya elección está reservada a la propia Contraloría.

Así las cosas (sic) y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 53 de 1990, que modificó el numeral segundo del artículo 93 del Código de Régimen Municipal, si bien es cierto, es atribución de los Concejos

Municipales elegir Personeros, Contralores, Secretarios de Concejos y Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas, cuando las disposiciones vigentes as lo autoricen, también lo es, que cuando los auditores o revisores cumplan su función ante la administración Central, serán designados por los respectivos contralores municipales.

“En el caso de autos y como puede observarse en el acto demandado, se trata precisamente de la elección del Auditor Interno de la Controlaría Municipal de Tunja, cuyo nombramiento no le está atribuido (sic) para elegir tal funcionario, ya que por ley, al Concejo Municipal de Tunja, y en tales condiciones esa competencia (sic) para elegir tal funcionario, ya que por ley le corresponde al respectivo Contralor Municipal hacer el (sic) correspondiente nombramiento de Auditor Interno”.

Además de las anteriores consideraciones, el *a quo* se refiere al concepto de competencia (fl. 3) citando el principio según el cual los funcionarios públicos solamente pueden hacer, lo que explícitamente les permita la Constitución y la ley, para señalar, finalmente que el acto demandado viola en forma clara el artículo 1 de la Ley 53 de 1990.

LA APELACION:

Por medio de apoderado, el señor José López Guerrero apeló la decisión, alegando la existencia del Acuerdo número 024 del 6 de diciembre de 1983 por el que, el Concejo Municipal creó el cargo de Auditor Interno de la Controlaría de Tunja, y dio competencia a aquella Corporación para designarlo, acto vigente y que goza de presunción de legalidad.

Estima, por tanto, que el acto de elección cuestionado no quebranta el artículo 1 de la Ley 53 de 1990, porque la entidad que lo profirió obrar dentro del marco de sus atribuciones. El Contraloría Municipal tiene competencia para elegir auditores que cumplen funciones ante la administración central que no es el caso del Auditor Interno ante la Controlaría Municipal.

CONSIDERACIONES:

Al examinar la Sala, el contenido de la providencia en el aspecto motivo de la alzada, encuentra que el *a quo* para llegar a la decisión de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo impugnado, debió recurrir a razonamientos generales, sobre normas constitucionales que hacen relación con las atribuciones del Contralor General de la República aplicables a los Contralores Municipales, para resaltar la independencia de que gozan estas entidades frente a las Corporaciones que las eligen y llegar as a la conclusión,

SECCION QUINTA

de que, si no pueden estas a través de sus miembros dar recomendaciones para un empleo, menos nombrar a personas cuya elección está reservada a la propia Controlaría.

Además, debe penetrar, así sea de manera breve, en el campo de las explicaciones sobre lo que en derecho corresponde a la definición de "competencia"; en circunstancias que no encajan dentro del verdadero sentido del artículo 152 numeral 2 del C.C.A., norma que al establecer como presupuesto para la procedibilidad de la medida cautelar en estas acciones, solo exige que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; es decir, que esa violación surja a primera vista, de una sencilla comparación entre el acto acusado y la norma superior que se dice violada por aquél, sin que para llegar al conocimiento instantáneo de esta situación, sea necesario recurrir a estudios adicionales propios de un ponderado examen previo a la decisión de fondo.

Las anteriores consideraciones serán suficientes para revocar la providencia apelada, pero es importante leer el contenido de la norma que se estima transgredida, o sea el artículo 1 de la Ley 53 de 1990 que dice:

Artículo 1. El numeral 2 del artículo 93 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986), quedar así:

2. Elegir Personeros, Contralores, Secretarios de Concejos y Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas cuando las disposiciones vigentes as lo autoricen.

Cuando los Auditores o Revisores cumplan su función ante la administración central, serán designados por los respectivos Contralores Municipales.

Como se puede colegir de la simple lectura de la norma, tanto los Concejos como los Contralores municipales, están facultados para elegir y designar, respectivamente, los funcionarios auditores, en los casos que para cada nominador allí se indican, sin que en el *sub lite* se de alguna de las dos circunstancias contempladas en la norma, pues, al elegirse por el Concejo Municipal de Tunja en su sesión del 26 de noviembre de 1992, tal funcionario solo se dice:

"Prosedio (sic) a la elección de auditor de la Controlaría Municipal de Tunja...", dando a entender que fue elegido para ejercer el control interno de la misma Controlaría Municipal, aspecto este que no ha sido aún reglamentado

por la ley a nivel Departamental y Municipal conforme lo dispone el artículo 274 de la C. N.

Ahora, si no es esta la entidad ante la cual debe operar el elegido, determinar la que corresponda para dilucidar a quien compete proveer ese cargo, es asunto que merece cuidadoso estudio normativo, que como antes se expresó, solo puede hacerse en la sentencia.

Por lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, -Sección Quinta-,

RESUELVE:

Primero. Revócase el auto de veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Segundo. En su lugar deniégase la solicitud de esa medida provisoria.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y en firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente. Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño,

Octavio Galindo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / ELECCIONES LOCALES / DOMICILIO / RESIDENCIA

Al expresar la norma constitucional que para elegir a las autoridades locales es necesario residir en el respectivo municipio, ha querido abolir la práctica tan arraigada en nuestro medio consistente en que forasteros intervengan en los asuntos de una comunidad a la cual son ajenos con desmedro de la voluntad real del electorado local. Y es obvio que esta exigencia es de especial importancia para efectos de garantizar un resultado apropiado a una actividad política de la región, criterio éste que quedó plasmado en el artículo 1º de la Ley 2ª de 1992, que contiene disposiciones relativas a las elecciones del 8 de marzo de 1992, al establecer que quien vote en dichas elecciones declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio y si falta a la verdad incurre en sanciones legales. Por consiguiente, quien sufrague en una localidad donde no reside incurrirá en infracción a la ley penal, conducta que corresponde calificar a las autoridades correspondientes y no a la jurisdicción contencioso-administrativa.

REGISTRO ELECTORAL APOCRIFO - Inexistencia / FALSEDAD IDEOLOGICA - Inexistencia / PRUEBAS / DICTAMEN PERICIAL

La supuesta intervención de personas no residentes que sufragaron en la elección de la autoridad municipal no implica falsedad material ni ideológica de los registros electorales ni de los elementos que sirvieron para su formación. En realidad, la falsedad o apocricidad se da por mutación o modificación del resultado electoral con la intención de alterar la verdad, hechos que requieren ser comprobados mediante la prueba idónea que no es otra que la prueba técnico-pericial de origen oficial que desvirtúe la pre-

sunción de lrgalidad de los documentos elctorales, lo que no se ha dado así en el sub lite.

ALCALDE - Elección / CUOCIENTE ELECTORAL - Inexistencia

En el presente caso, se trata de un acto de elección uninominal y el sistema del cuociente electoral, como lo ha dicho la Sala, está concebido para que opere respecto a elecciones en las que se tenga que proveer más de un cargo, conforme está consagrado en el artículo 263 de la Constitución.

ALCALDE - Inhabilidades / PARENTESCO / PERSONERO MUNICIPAL - Nombramiento / NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia

La prohibición que consagra la norma para nombra o elegir "... para cargo alguno en ninguna dependencia del municipio..." a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, que es el asunto que interesa, está referida únicamente a las autoridades municipales en ejercicio de sus funciones, con el propósito de impedir que éstas puedan designar a sus parientes en cargos del mismo municipio. Como bien se ve dan estos presupuestos en el sub lite ya que el demandado resultó ser alcalde, por decisión administrativa de su hijo legítimo, quien venía desempeñando el cargo de personero en el mismo lugar, sino por virtud de haber sido elegido por voluntad popular en los mencionados comicios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0912.

Actores: Efraín Marmolejo Benítez y otro.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual denegó las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados, radicados en esa corporación bajo los números 18.118 y 18.131.

SECCION QUINTA

ANTECEDENTES

1. *Proceso número 18.118*

1.1 Efraín Marmolejo Benítez, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral, demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección del señor Ramiro Andrade Messa como Alcalde del municipio de Bolívar para el período 1992-1994 y, como consecuencia, la cancelación de la respectiva credencial.

También pidió "... que se declare la nulidad de las actas afectadas por las causales de nulidad que invocaré y se excluyan los votos de esas mesas...", y que se practique nuevo escrutinio.

1.2 Refiere el actor, que para alterar el resultado electoral del 8 de marzo de 1992 fueron movilizados electores de otros municipios que se inscribieron y votaron en la cabecera municipal de Bolívar en los corregimientos La Tulia, Guare, Ricaurte y San Fernando, cuyos nombres y cédulas suministró.

1.3 Estima violados el artículo 316 de la Constitución, la Ley 02 de 1992, el artículo 223 del C. C. A. en sus numerales 2º y 4º y el artículo 333 de la Ley 4ª de 1913, por cuanto la nueva Constitución dispone que en la elección de autoridades locales sólo pueden participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio y quien elige declara bajo la gravedad del juramento residir en el mismo lugar, manifestación que fue elevada a la condición de delito "... que deben castigar los jueces penales pero, además producir la nulidad de los registros y actas" (fl. 241).

Señala que los electores que se movilizan vician de falsedad y apocrifidad los registros al incluir en ellos a personas que no pueden decidir en asuntos locales y por ello también se viola el sistema del cuociente electoral "... porque al tenerse en cuenta el voto de quienes no pueden votar se aumenta el número de sufragantes, desdibujando la voluntad popular, haciendo menos confiable la regulación que establecen las leyes para que los ciudadanos escojan a sus gobernantes" (fl. 241).

1.4 La anterior demanda no fue contestada por el señor Ramiro Andrade Messa.

1.5 El ciudadano Alberto Aguirre Quintero reconocido como parte impugnante de la demanda en el proceso, solicita que las peticiones en ella formuladas se despachen desfavorablemente.

Con respecto a la violación del artículo 316 de la Constitución desarrollado por el artículo 1º de la Ley 2ª de 1992, advierte que las nulidades electorales son las taxativas que enuncia el artículo 223 del C. C. A. dentro de las cuales no se encuentra la que precisa el actor. Que por ser el voto secreto no sería posible determinar por cuál candidato votaron aquellas personas que según la demanda no podían hacerlo y que si esto condujera a la declaratoria de nulidad de una elección, "... el resultado antidemocrático sería el de quienes votaron válidamente y pudiendo hacerlo, perderían su voto con el pretexto, cierto o falso, de que votaron junto a ellos otros que no podían hacerlo" (fl. 248).

Que la nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A. invocada por el actor, exige que se demuestre primero la falsedad del registro o de sus componentes, y segundo, que se pruebe por quién fueron depositados los votos secretos.

Y en cuanto a la causal de nulidad del numeral 4º *ibidem*, también citada, advierte que el sistema del cociente electoral no se emplea para la elección de alcaldes, sino para la de miembros de corporaciones públicas como lo dispone el artículo 263 de la Constitución.

2. Proceso número 18.131

2.1 Aída Milena Rojas González en su propio nombre, e igualmente en ejercicio de la acción pública electoral, solicita que se declare nulo el acto mediante el cual, el día 12 de marzo de 1992, "los delegados o Comisión Escrutadora" hicieron la declaratoria de elección de Ramiro Andrade Messa como Alcalde municipal de Bolívar, Valle, para el período comprendido del 1º de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994 .

Que como consecuencia de la anterior declaración, en la misma sentencia se solicite al señor gobernador del departamento que convoque a elección de nuevo alcalde por el resto del período, y "... nombre un interino inmediatamente quien deba como encargado asumir la *Alcaldía municipal de Bolívar, Valle*, mientras se elija al nuevo titular del Despacho Municipal" (fl. 150).

Y que una vez en firme la sentencia, se ordenen las comunicaciones a las autoridades que corresponda.

2.2 Como fundamentos de hecho aduce, en primer lugar, que el señor Ramiro Andrade Messa es el padre legítimo de Carlos Alberto Andrade Pérez quien se desempeña como Personero Municipal de Bolívar, elegido por el Concejo para el período 1990-1992 que culmina el 1º de agosto.

SECCION QUINTA

Y en segundo lugar, que en la cabecera del municipio de Bolívar se inscribieron numerosas personas, entre ellas, un buen número de no residentes que fueron transportados desde Cali, Roldanillo-Tuluá por los dirigentes políticos promotores de la candidatura de Ramiro Andrade Messa, cuyos nombres y cédulas indica. Que hechos similares ocurrieron en los corregimientos de La Tulia, Ricaurte, San Fernando y Guare, donde también votaron personas no residentes en dicha comprensión municipal.

2.3 En el acápite de las normas violadas y concepto de la violación invoca el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 que expresamente prohíbe a los parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad del alcalde, de los concejales, del contralor del personero, etc., ser nombrados o elegidos para cargo alguno en dependencias del respectivo municipio. Cita también el artículo 316 de la Constitución que ordena que, en la elección de autoridades locales, solamente podrán participar las personas residentes en el correspondiente municipio. La Ley 2ª de 1992 que erigió en delito, contravención o aplicación de sanciones a quienes votaren fuera de su residencia. Explica que dicha ley no señaló en qué clase de delito se incurre ni qué sanciones específicas se aplican. “Queda entonces solamente el camino de la acción contenciosa electoral o juicio electoral, que sí encuentra asidero al tenor de lo señalado en el artículo 224 numeral 6º del C. C. A. vigente, que dispone la nulidad de las actas de escrutinio de las corporaciones electorales cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la república (sic)...” (fl. 156), y el numeral 8º del artículo 224 del C. C. A., pues indiscutiblemente hay falta de calidades constitucionales para ser elegido alcalde municipal cuando la elección se hace en contradicción a la ley y a la Constitución.

2.4 En capítulo aparte del mismo libelo, solicitó la suspensión provisional del acto acusado que fue denegada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en auto del 23 de abril de 1992.

2.5 El señor Ramiro Andrade Messa no dio contestación a la demanda.

2.6 El ciudadano Alberto Aguirre Quintero, en calidad de parte impugnante de la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma con fundamento en que las formas E-3 y E-14 allegadas, donde aparecen registrados los votantes de las elecciones del 8 de marzo de 1992, no sirven en modo alguno para demostrar que haya habido sufragantes fraudulentos.

En cuanto al artículo 19 de la Ley 53 de 1990 que la actora estima quebrantado, señala que dicha norma se refiere a nombramientos y elecciones

administrativas municipales, es decir, a nombramientos que hagan los concejos, el alcalde y los funcionarios municipales "... si el deseo de la Constitución Política y de las leyes electorales hubiera sido el de crear esa prohibición como una inhabilidad para nombramientos hechos en las elecciones populares, lo habrían incluido en el Título IX o, por ejemplo en las Leyes 62 de 1988, 6ª de 1989 o 2ª de 1992, que son puramente electorales, o en la Ley 78 de 1986 cuyo artículo 5º fija las inhabilidades para ser elegido popularmente alcalde (adicionado por la Ley 49 de 1987), pero jamás lo habría incluido en el Régimen Municipal, que es eminentemente administrativo" (fls. 178 y 179).

2.7 La ciudadana Tammy Janeth Riascos Murillo también se opuso a las peticiones de la demanda manifestando que la actora formuló una pretensión equivocada que no podrá ser atendida por la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que no debió solicitar la nulidad de la elección de Ramiro Andrade Messa sino que se excluyan del cómputo general los votos en él contenidos y se proceda a un nuevo escrutinio como lo manda el artículo 226 del C. C. A., precisamente porque si se demuestra que resultan votos ilegales "... no podrá probarse a favor de quién se emitieron porque el voto es secreto" (fl. 182).

En cuanto al artículo 19 de la Ley 53 de 1990, señala que esta disposición no se aplica a la elección de alcalde, y que la prohibición allí contenida es que ningún empleado municipal puede nombrar a parientes suyos ni de otros funcionarios municipales, en dependencias del mismo municipio. Anota que del alcalde dependen todas las oficinas municipales y él no es dependiente sino jefe de la administración local por mandato del artículo 314 de la Constitución.

3. *La acumulación*

Vencido el término para la práctica de pruebas se decretó la acumulación de los procesos números 18.118 y 18.131 mediante auto de fecha 20 de agosto de 1992 (fls. 278 a 280 proceso número 18.118).

4. *La sentencia apelada*

Oídos los alegatos de las partes y del Ministerio Público, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 2 de octubre de 1992, no accediendo a las pretensiones de las demandas.

Consideró el *a quo* que las causales de inhabilidad electoral al igual que las incompatibilidades, son de interpretación restrictiva y están comprendidas en la Ley 78 de 1986, modificada y adicionada por la Ley 49 de 1987.

SECCION QUINTA

Con respecto a que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido Alcalde porque es el padre legítimo del Personero señor Carlos Alberto Andrade Pérez, manifestó el Tribunal que por este hecho la elección de Ramiro Andrade Pérez no está afectada de nulidad puesto que el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 no es de aplicación al caso en estudio, por cuanto dicha norma no consagra como inhabilitación para ser elegido alcalde municipal este parentesco.

Expresa el *a quo* que "... no sólo y como bien se anota en la impugnación, el nombramiento hecho por el Voto Popular y el efectuado a través de un acto administrativo, tienen origen distinto y por ende diferente tratamiento Constitucional y legal, sino que lo que pretende la ley al consagrar esta clase de prohibición, es de impedir que los alcaldes y demás funcionarios a los cuales se remite expresamente el artículo, nombren al cónyuge, compañero (a) permanente o a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o primero civil, para cargo alguno, en ninguna dependencia del municipio" (fls. 306 y 307).

En cuanto al artículo 316 de la Carta señala que su aplicación aún no ha sido reglamentada, que este ordenamiento constitucional va dirigido a los electores y no a los elegidos y que el fin perseguido en la norma es el de prohibir el trasteo de votos, lo cual no se demostró en el proceso.

Finalmente, respecto a la nulidad consagrada en el artículo 224 del C. C. A. advierte que esta disposición fue derogada por el artículo 73 de la Ley 96 de 1985.

5. El recurso de apelación

La señora Aída Milena Rojas González interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la anterior sentencia pero no expresó las razones de su inconformidad. Las demás partes del proceso guardaron silencio.

6. El Ministerio Público

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso analizó únicamente el cargo consistente en la violación del artículo 19 de la Ley 53 de 1990 llegando a la conclusión de que la norma en comento "... se refiere a todo tipo de nombramiento o elección para empleos del orden municipal, pues en nuestro sentir, no está limitando o condicionando dicha designación. En estas condiciones los cargos de elección popular se encuentran también cobijados por el precitado artículo 19" (fl. 330).

Considera que el propósito de la norma citada fue evitar el nepotismo, y siendo posterior a las disposiciones que contemplaron la elección popular de

alcaldes, dicha elección queda cobijada dentro de las excepciones allí contempladas. Sobre estas bases y el acervo probatorio traído al expediente estima que el señor Ramiro Andrade Messa, padre del Personero del Municipio, se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 y por tanto, el acto que declaró su elección amerita ser anulado.

CONSIDERACIONES:

No observando la Sala causal de nulidad que invalide lo actuado procede a revisar en su integridad la sentencia apelada estudiando los cargos que en los procesos acumulados se formulan contra el acto impugnado.

Primer cargo

Los demandantes Efraín Marmolejo Benítez y Aída Milena Rojas González sostienen en sus respectivos libelos que en las elecciones para alcalde de Bolívar, Valle, sufragaron personas que no eran residentes del citado municipio, violando el artículo 316 de la Carta Política, según el cual, “En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio”.

Y la Ley 2ª de 1992 que establece lo siguiente:

Artículo 10. Se entiende que quien vote en las elecciones del 8 de marzo de 1992, declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio.

“Si falta a la verdad incurre en las sanciones legales”.

Al expresar la norma constitucional que para elegir a las autoridades locales es necesario residir en el respectivo municipio, ha querido abolir la práctica tan arraigada en nuestro medio consistente en que forasteros intervengan en los asuntos de una comunidad a la cual son ajenos con desmedro de la voluntad real del electorado local. Y es obvio que esta exigencia es de especial importancia para efectos de garantizar un resultado apropiado a la actividad política de la región, criterio éste que quedó plasmado en el artículo 1º de la Ley 2ª de 1992, que contiene disposiciones relativas a las elecciones del 8 de marzo de 1992, al establecer que quien vote en dichas elecciones declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio y si falta a la verdad incurre en sanciones legales.

SECCIONQUINTA

Por consiguiente, quien sufrague en una localidad donde no es residente incurriría en infracción a la ley penal, conducta que corresponde calificar a las autoridades correspondientes y no a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero aún en el evento de comprobarse en el *sub lite* el hecho alegado por los libelistas, referente al trasteo de votantes al municipio de Bolívar, no tendría éste la virtualidad de viciar el acto de elección de alcalde recaído en la persona del señor Ramiro Andrade Messa, por cuanto de los artículos 316 de la Constitución y 1º de la Ley 2ª de 1992 no es posible deducir motivo alguno de nulidad electoral por la simple razón de no aparecer establecida como tal.

Como bien lo anota el *a quo* en la providencia recurrida, las causales de nulidad son taxativas y de aplicación restrictiva. En materia electoral están enunciadas en el artículo 223 del C. C. A., con las modificaciones a él introducidas por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 y el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, y constituyen los únicos motivos que pueden invocarse en los procesos electorales a efecto de pretender la invalidez de un acto de elección, mientras la ley no diga otra cosa.

El demandante Efraín Marmolejo Benítez, por una parte, invoca el artículo 223 del C. C. A. en sus numerales 2º y 4º del siguiente tenor:

“... 223. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. ...

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3.

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República...”

Considera el actor que los electores que se movilizan a un municipio vician de falsedad y apocrifidad los registros electorales puesto que se incluyen en éstos personas que no tiene facultad de decisión en asuntos locales. Y también se viola el sistema del cuociente electoral por cuanto al tomar en cuenta el voto

de quienes no pueden sufragar se aumenta el número de votantes alterando la voluntad popular.

Respecto a la causal de nulidad del numeral 2º del artículo 223 del C. C. A. citado, no se configura en el presente caso, dado que la supuesta intervención de personas no residentes que sufragaron en la elección de la autoridad municipal no implica falsedad material ni ideológica de los registros electorales ni de los elementos que sirvieron para su formación. En realidad, la falsedad o apocrificidad se da por mutación o modificación del resultado electoral con la intención de alterar la verdad, hechos que requieren ser comprobados mediante la prueba idónea que no es otra que la prueba técnico-pericial de origen oficial que desvirtúa la presunción de legalidad de los documentos electorales, lo que no se ha dado así en el *sub lite*.

Y en cuanto a la violación del sistema del cuociente electoral, consagrada como causal de nulidad en el numeral 4º del artículo 223 del C. C. A. que el actor invoca por el mismo motivo en que sustenta el cargo, se desecha, toda vez que, en el presente caso, se trata de un acto de elección uninominal, y el sistema del cuociente electoral, como lo ha dicho la Sala, está concebido para que opere respecto a elecciones en las que se tenga que proveer más de un cargo, conforme está consagrado en el artículo 263 de la Constitución.

La señora Aída Milena Rojas González, de otra parte, para solicitar la nulidad del acto de elección de alcalde del municipio de Bolívar, Valle, invoca las causales de nulidad de los numerales 6º y 8º del artículo 224 del C. C. A., sin reparar que dicha norma fue derogada por el artículo 73 de la Ley 96 de 1985. Observa la Sala, que de conformidad con la versión vigente de la norma, las causales que invoca el demandante quedaron incluidas como motivos de nulidad en el artículo 223 del C. C. A., respectivamente, en el numeral 4º con alguna variación en cuanto está referido al cómputo de votos con violación del sistema del cuociente electoral, y en el numeral 5º cuando se computan votos a favor de un candidato que no reúne las calidades constitucionales y legales para ser electo. Pero, de ninguna manera se configuran dichas causales de nulidad en el *sub lite*, puesto que, por una parte, no puede haber violación del sistema del cuociente electoral cuando se trate de una elección uninominal, como atrás se dijo, y por otra parte, no se discuten las calidades del elegido.

Es pues claro; como lo advierte el *a quo*, que el hecho alegado por los demandantes no constituye causal de nulidad del acto de elección acusado y en consecuencia, el cargo no prospera.

SECCION QUINTA

Segundo cargo

Lo formula la señora Aída Milena Rojas González en su libelo aduciendo la violación del artículo 19 de la Ley 53 de 1990 sobre la base de que el demandado Ramiro Andrade Messa es el padre legítimo del Personero del municipio de Bolívar en el período 1990-1992 y, por esta razón, estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde de la citada localidad. Al efecto acompañó las pruebas pertinentes que acreditan el parentesco.

El artículo 19 de la Ley 53 de 1990, modificatorio del artículo 87 del Decreto 1333 de 1986 preceptúa lo siguiente:

“ ...

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del alcalde, de los concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los auditores o revisores no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos.

No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación.”

Comparte la Sala el raciocinio del *a quo* en torno a este tema pues efectivamente de la anterior transcripción se desprende claramente que la prohibición que consagra la norma para nombrar o elegir “... para cargo alguno en ninguna dependencia del municipio...” a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, que es el asunto que interesa, está referida únicamente a las autoridades municipales en ejercicio de sus funciones, con el propósito de impedir que éstas puedan designar a sus parientes en cargos del mismo municipio.

Como bien se ve, no se dan estos presupuestos en el *sub lite* ya que el señor Ramiro Andrade Messa no resultó ser Alcalde del municipio de Bolívar por decisión administrativa de su hijo legítimo, quien venía desempeñando desde antes de las elecciones del 8 de marzo de 1992 el cargo de personero en el mismo lugar, sino por virtud de haber sido elegido por voluntad popular en los mencionados comicios.

Siendo que conforme al artículo 19 de la Ley 53 de 1990 el parentesco de consanguinidad alegado no constituye un hecho impeditivo para ostentar la

investidura de alcalde, carece el cargo de asidero legal y ello conlleva a su improsperidad.

En este orden de ideas, se confirmará la sentencia apelada que no accedió a las pretensiones de las demandas acumuladas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 2 de octubre de 1992 que no accedió a las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados.

2. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

REGISTRO FALSO / REGISTRO APOCRIFO / PRUEBAS / DICTAMEN PERICIAL / NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia

Dicha medida fue dispuesta sobre supuestos conjeturales o meras apariencias, que no atendiendo a los resultados debidamente motivados de prueba técnico pericial producida por expertos oficiales, idónea al fin propuesto, que acredite más allá de toda duda la presencia de elementos tipificantes de la presunta falsedad o apocrifidad en las actas de los jurados de votación o de cualquier otro registro electoral. Sin esa probanza de orden técnico, que no se suple con la cuidadosa labor de observación directa por parte del juzgador, mal se puede inferir la concurrencia de falsedad material ideológica con todos sus ingredientes objetivos y subjetivos conformantes, como mal aconteció en el sub lite para fundamento de la pretensión acogida, sin repararse que los rastros, huellas o signos detectados y en equivocada comprensión tomados como configurantes de falsedad o apocrifidad, carecen de entidad y relevancia, en cuanto la copia documental que los ofrece no es el único medio de convicción obrante en autos en relación con el objeto de prueba, pues a los mismos se arrimó igual documentación disipante de cualquier duda al respecto, tornando inocua alguna irregularidad advertida, máxime que ningún efecto procesal devino de la misma.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

Ref.: Expediente número 0921.

Actores: Jaime Ballesteros Acuña y otros.

Apelación sentencia de 29 de octubre de 1992, del honorable Tribunal Administrativo de Santander, denegatoria de la elección de diputados, período 1992-1994, en procesos acumulados radicados de origen a los números 8439, 8438, 8437, 8436 y 8435.

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. Los ciudadanos: Jaime Ballesteros Acuña, c.c. 6746735 de Tunja; José Yepe Sanabria Ruiz, c.c. 13642457 de San Vicente de Chucurí; Hermes Cristancho Pinzón, c.c. 5637836 de Floridablanca y Juan de Dios Tarazona Mendoza, c.c. 5735753 de San Andrés (S.), el primero con apoderado especial y los demás en su propio nombre y representación, en demandas presentadas por separado antes de la caducidad de la acción, solicitan del honorable Tribunal Administrativo de Santander la anulación de todo, en unos casos, y de lo pertinente, en otros, del acto administrativo declaratorio de elección de diputados a la Asamblea de esa sección territorial, período 1992-1994, contenido en el acta parcial de escrutinio de votos para esa corporación, formulario E-28, expedido con fecha 15 de marzo de 1992 por los señores delegados del Consejo Nacional Electoral para la advertida circunscripción, traído legalmente a los autos en copias idóneas y atendibles.

Las demandas señalan a los comicios del 8 de marzo de 1992, convocados en todo el país para elegir alcaldes, concejales y diputados. A ese efecto, dicen las mismas, en la circunscripción electoral de Santander, para la integración de asamblea, inscribieron su candidatura 38 listas, registrando ellas finalmente un sumatorio de 380.758 votos, de manera que siendo 19 las curules a proveer el cuociente para elegir se precisó en 19.371, guarismo que únicamente alcanzó la lista número 7 encabezada por Carlos Plata Castilla. Los 18 diputados restantes fueron elegidos por residuo, conforme lo recoge y declara el acto administrativo acusado.

Los libelos introductorios en mención fueron admitidos cada uno en su oportunidad; se negó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado que en unos de ellos se involucra; y a los contenciosos electorales resultantes se les imprimió un debido trámite, con ceñimiento a sus particularidades procedimentales y respeto y prevalencia de los derechos y garantías de las partes. Esas actuaciones, se apuntó en la referencia, se distinguen en el Tribunal del conocimiento con las radicaciones 8435, 8436, 8437, 8438 y 8439.

2. Aquellos elementos comunes o de relación y conexidad, esa continen-
cia, de causa que advierten las citadas radicaciones, y razones que apuntan a la eficacia de principios como los de economía procesal, celeridad de los

SECCION QUINTA

procedimientos e intermediación y armónica integración de la función judicial, determinaron a la Corporación de instancia, satisfechas las condiciones de ley, a decretar, con proveído de 27 de agosto de 1992, la acumulación de los procesos de la referencia al radicado bajo el número 8439, en cuanto más antiguo, para con él como rector, aglutinante o principal proseguir el simultáneo diligenciamiento preordenado a ser fallado conjuntamente.

3. Los expedientes en cuestión advierten las siguientes particularidades:

a) Proceso 8439. Actor: Jaime Ballesteros Acuña. Opositor: Néstor Durán León.

Entre las 38 listas de aspirantes que disputaron las 19 curules de la Asamblea de Santander, período 1992-1994, se contaban las que encabezaron Jaime Ballesteros Acuña, por el Movimiento Alternativa Liberal del Pueblo, APL, número 35 en el tarjetón, y Néstor Durán León, por el Movimiento Unico de Renovación Conservadora, Murco, número 12 en la tarjeta electoral.

Los resultados electorales del 8 de marzo de 1992, de Asamblea de Santander, registraron para el candidato número 12, Néstor Durán León (Murco), 7.895 votos, guarismo que se constituyó en el décimo noveno mejor y, por consiguiente, bastante para que se le adjudicara, como se hizo mediante el acto acusado, el último de los escaños en puja democrática, para infortunio, a la vez, del candidato número 35, Jaime Ballesteros Acuña (ALP) quien, con 7.888 votos, 7 menos que Durán León, fue desplazado al vigésimo puesto de la encuesta popular, de esa suerte declinando en el presente período cualquier opción de diputación.

Mas en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral Jaime Ballesteros Acuña, por conducto de apoderado judicial, como postrero recurso sostiene que en su calidad de candidato, por tanto con legal vocación para participar, intervenir, controvertir y recurrir el proceso de escrutinios pero especialmente porque de manera cierta hizo uso de ese derecho en las oportunidades que el gubernativo en cuestión le brindó, es decir, porque tuvo ocasión de reclamar ante la organización administrativo-electoral misma, por vía de las causales consagradas en el artículo 192 del C. E., está "habilitado" entonces, con pleno "conocimiento de causa", para pedir también de las autoridades jurisdiccionales con funciones electorales medidas correctivas o modificatorias, supresivas y supletorias y, en general, impetrar del órgano judicial la intervención del proceso completo de formación del acto administrativo eleccionario, para ajustarlo apenas o transformarlo en su sentido y

efectos, con fundamento en las causales de reclamación del artículo 192 del C. E. que no contraríen ni el texto ni el espíritu de la Ley 62 de 1988, pues que ningún fin tiene que el juzgador deba convalidar una actuación gubernativo-electoral viciada porque el cargo no encuentra acomodo en ninguno de los numerales del artículo 223 del C. C. A., dejándose trunco el contenido reparativo de la normatividad subsiguiente. Los artículos 192 del C. E. y 223 del C. C. A. -dice la parte actora- proceden al caso por vía de integración normativa, mirando siempre a la pureza de las elecciones, que sus resultados no se desfiguren en los escrutinios y, en fin, para el eficaz control de la legalidad que a esta jurisdicción corresponde.

Con ese preámbulo solicita, entonces, se declare la nulidad del acto administrativo de elección de diputados a la Asamblea de Santander, período 1992-1994, y se cancelen sus credenciales. Que, en consecuencia, se realice nuevo escrutinio parcial de los votos depositados en los comicios del 8 de marzo de 1992 en esa circunscripción electoral para elegir diputados, y con base en los nuevos resultados se declare la elección y se acredite a quienes legalmente corresponda.

A ese efecto impugna la votación computada en las mesas 01-puesto 25-zona 99-Los Robles-Enciso y 03-puesto 05-zona 06-Bucaramanga, porque a su juicio las actas de escrutinio municipal, en el primer caso, y de escrutinio del jurado de votación, en el segundo, son nulas o nullos los elementos que concurren en su formación, lo que deduce de las siguientes circunstancias:

La votación de la mesa 01 del municipio de Enciso no fue totalizada por el jurado; la Comisión Escrutadora Municipal abrió irregularmente los sobres electorales e hizo oficioso recuento de la votación allí consignada; esos mismos comisionados efectuaron los ajustes a que dio lugar el recuento; los registros electorales de la mesa 03 de Bucaramanga fueron enmendados ignorándose cuándo y por quién; también en esa mesa los escrutadores comisionados violaron las seguridades de los sobres electorales y se dieron al injustificado recuento oficioso de la votación depositada para Asamblea, ajustando confusa o erróneamente la sumatoria total para esa corporación.

Se dicen aquellas “irregularidades”, “procedimiento manifiestamente irregular” o “inconsistencias”, con fundamento en la preceptiva de los artículos 1º, 153, 163, 164, 182 y afines del C. E.

Se observa, sin embargo, que tales “errores”, “irregularidades” e “inconsistencias” que fueron sin éxito objeto de reclamación gubernativa por vía del artículo 192 del C. E., ahora, en ejercicio de la acción pública de nulidad

SECCION QUINTA

electoral, artículos 227 y 228 del C. C. A., se les reviste o infunde carácter de elementos de “engaño”, de “fingimiento”, de “simulación”, dirigidos a desfigurar la verdad de los resultados electorales y, por lo mismo, tipificantes de falsedad o apocrifidad material e ideológica, discutibles a la luz de la causal 2ª del artículo 223 del C. C. A., con las modificaciones sufridas.

Con exclusión de la votación para Asamblea depositada en las preanotadas mesas 01 y 03 de Enciso y Bucaramanga, respectivamente, debe procederse -advierte el actor- al escrutinio parcial impetrado directamente sobre los votos o tarjetas electorales consignados en las siguientes mesas: 52-puesto 01-zona 01 de Bucaramanga, 20-puesto 02-zona 06 de Bucaramanga, 01-puesto 25-zona 99-El Hatillo de Ocamonte, y 002, 009, 019, 023-cabecera municipal y 001-puesto 55 de Sabana de Torres.

Lo anterior en cuanto en las mismas se aprecian serias discrepancias entre la información electoral contemplada en los registros oficiales y la brindada por la firma Sistemas y Computadores contratada por la Registraduría Nacional del Estado Civil; también, porque algunas correcciones efectuadas en el proceso de escrutinios no se tuvieron en cuenta al momento de la totalización de los cómputos electorales; igualmente, por cuanto en muchos casos no se contó con la presencia de testigos electorales en el proceso de escrutinios; subsisten inconsistencias o errores aritméticos y, en fin, porque existe necesidad de disipar cualquier duda o incertidumbre en relación con la veracidad de los resultados electorales y se hace imperioso constatar los cargos que se deprecian. Para ello —se apunta en la demanda— no hay más remedio que proceder a la verificación mediante el recuento de los votos depositados en las mesas cuestionadas.

Se sustenta esa pretensión en las disposiciones de los artículos 26 numeral 21, 33 numeral 14, 41 numeral 16, 48 numeral 7º, 136 a 142, 192 numeral 11 y 193 del C. E., y 226 a 229, 233 inciso 2º y 238 numeral 2º del C. C. A.

Precisa el demandante que en oportunidad y forma legales solicitó de los señores delegados del Consejo Nacional Electoral para esa circunscripción que se practicara en aquellas mesas recuento parcial de votos de Asamblea, teniendo en cuenta las discrepancias de información reseñada y la necesidad de corrección aritmética de los cómputos electorales, siéndole decidida negativamente la petición lo mismo que el recurso interpuesto.

De todas maneras—concluye el accionante— aplicando las correcciones pretendidas a los cómputos intermedios, excluidas las votaciones de las mesas 01-Los Robles-Enciso y 03-puesto 05-zona 06-Bucaramanga, sin incluir el

resultado del eventual escrutinio parcial sobre las demás mesas relacionadas, "... ingresaría a la corporación como nuevo diputado electo el señor Jaime Ballesteros Acuña, y perdería esa calidad, debiendo cancelarse su credencial, el señor Néstor Durán León. En lo demás, la Asamblea mantiene su conformación inicial".

A folios 68 a 71 del cuaderno principal del proceso rector del acumulado obra la relación de pruebas que el actor acompaña con la demanda y las que solicita se practiquen, todas ellas de carácter documental constituidas por actas, registros, boletines informativos y demás elementos electorales correspondientes a las mesas impugnadas.

A esa demanda le dio oportuna contestación el diputado Néstor Durán León, mediante apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones de la misma, pues que no es caprichosa ni ilegal la conducta de los escrutadores que officiosamente procedieron a la apertura de sobres y al recuento de votos en los precisos casos de inconsistencias o errores aritméticos, omitiéndolo, por supuesto, cuando ninguna irregularidad se observaba, procedimiento que se adelantó sin la presencia de candidatos y testigos electorales en algunos de esos eventos no porque así lo hubiera querido y determinado una autoridad electoral sino porque aquellos por su propia voluntad decidieron no asistir al acto público, no desprendiéndose de allí duda o sospechas en torno a procedimientos por tanto en nada irregulares o insólitos. Que de todas maneras, "... por no ser las razones aducidas causales taxativas de nulidad... no podrá prosperar la nulidad solicitada por el actor y por tanto menos existirá razón para decretar nuevos escrutinios..."

Para soporte de la oposición el apoderado del diputado Durán León se valió de documentación electoral que corresponde a la aparejada con la demanda y como ésta también en fotocopias expedidas y autenticadas por la Delegación Departamental del Estado Civil de Santander, "... pero con preocupación observó —anota el contestante— que los instrumentos relacionados (de folios 107 a 109 del cuaderno principal del acumulado) fueron aportados por el demandante en copia auténtica y al solicitar mi poderdante los mismos documentos ante la Delegación Departamental le fueron expedidos en copia auténtica encontrando sustanciales diferencias al cotejar los mismos...". Al efecto compara los documentos obrantes a folios 7 y 147, 24 y 135, y 32 y 134, y éstos a su vez con los remitidos directamente por la citada Delegada, vistos a folios 167, 168, 173 y 174 del cuaderno principal.

En los alegatos previos al fallo de primer grado las partes reiteran sus iniciales planteamientos, dejando constancia el actor de su extrañeza frente a

SECCION QUINTA

la disparidad que ofrecen las fotocopias que de documentos iguales y de idéntica fuente expidió y autenticó la misma autoridad electoral, arrimadas a los autos con los libelos introductorio y de contestación.

Decidiendo las pretensiones de la demanda del proceso 8439, el honorable Tribunal Administrativo de Santander observó en relación con las mesas impugnadas que ciertamente los registros electorales presentan errores o inconsistencias aritméticas y otras irregularidades de menor entidad, unas subsanadas y otras no, pero que de todos modos no vician de nulidad esos documentos ni el proceso de escrutinios, máxime cuando objeciones como la de que no asistieron testigos electorales al acto de escrutinios no obedecen a conducta imputable a las autoridades electorales, o de que los jurados de votación abrieron arbitrariamente las seguridades de los sobres y procedieron al oficioso recuento de la votación, cuando precisamente esa es atribución que la ley les dispensa a ellos a efectos de verificar la exactitud o diferencia de los resultados electorales o ver de manera especial si existen irregularidades u otras inconsistencias para, previo recuento de votos, proceder a corregirlas o subsanarlas como en este caso.

No obstante, el *a quo* encontró debidamente comprobadas las inexactitudes que se dicen en relación con la mesa 03-puesto 05-zona 06 de Bucaramanga, en sentido de que se totalizó equivocadamente la votación de asamblea y se constataron alteraciones en los registros oficiales que variaron su contenido después de firmados, lo que a la luz del numeral 3º del artículo 223 del C. C. A. conlleva su nulidad y la exclusión de la votación allí depositada de los cómputos generales, como en efecto se ordenó en el literal a) del punto primero de la parte resolutive del fallo de 29 de octubre del año retropróximo.

En el literal b) del punto primero de esa parte resolutive el *a quo* denegó las restantes peticiones de la demanda instaurada por el señor Jaime Ballesteros Acuña, sobre la consideración de que subsistan o no los errores o inconsistencias advertidas, lo cierto es que los datos contenidos en las actas o registros de aquellas mesas se presumen verídicos en cuanto esos papeles a mérito de lo preceptuado en el artículo 264 del C. de P. C. constituyen verdaderos documentos públicos y son plena prueba de lo que en ellos consta. Igualmente, los errores en que haya podido incurrir la empresa publicitaria Sistemas y Computadores en la manipulación de la información electoral, no alcanzan a vulnerar la validez de un acto administrativo en firme contenido en un documento público.

Contra ese fallo interpuso en oportunidad recurso de apelación el apoderado judicial del señor Ballesteros Acuña, precisando que "... el recurso

se contrae al contencioso en el que tiene interés procesal directo la parte que represento... en cuanto por el literal 'b' del numeral 'primero' de la resolutive fueron denegadas 'las restantes' peticiones de la demanda", y añade: "... la censura respecto de la sentencia se contrae a que se revoque el literal 'b' del numeral 'primero' de la resolutive del fallo, y en su lugar se ordene: a) que se anule la votación depositada en la mesa 01-Los Robles-Enciso, cuyo resultado determinaría que el residuo del demandante sería mayor que el del candidato Néstor Durán León, haciéndose necesario anular la declaración de elección con las consecuencias de rigor; b) que se practique escrutinio parcial para verificar la votación de la mesa 01-Hatillo-Ocamonte; c) que se practique escrutinio parcial para verificar el probable error aritmético en las mesas 52-zona 01 y 20-zona 06- Bucaramanga".

Con auto de 18 de noviembre de 1992 se concedió el recurso impetrado en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado, siendo admitido por esta Corporación con proveído de 15 de diciembre siguiente.

Estimando que carece de todo "... asidero fáctico-legal...", el diputado Néstor Durán León, en su calidad de opositor de las pretensiones de la demanda, expresa su contrariedad a la prosperidad del recurso interpuesto.

Por su parte la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (E.), en su concepto de ley, también se manifiesta adversa a la prosperidad de ese recurso y, en general, al acogimiento de los cargos a que se refieren las demandas del acumulado que se examina;

b) Proceso 8438. Actor: Juan de Dios Tarazona Mendoza. Opositor: Aquiles Torres Bretón.

Juan de Dios Tarazona Mendoza solicita del honorable Tribunal Administrativo de Santander que se declare nulo el acto administrativo de elección del señor Aquiles Torres Bretón como Diputado a la Asamblea de esa sección político-administrativa, período 1992-1994, contenido en el formulario E-28 o acta parcial de escrutinio de votos para esa corporación, expedido con fecha 15 de marzo de 1992 por los señores delegados del Consejo Nacional Electoral para la citada circunscripción. Que, en consecuencia, se le cancele la credencial otorgada.

Aduce como hechos sustentatorios de la pretensión nulitiva los siguientes: que para la fecha de elección del señor Torres Bretón como Diputado, su señora esposa María Victoria Yepes Velásquez, con quien contrajo matrimonio el 1º de febrero de 1975, ocupaba y continúa ocupando el cargo de

SECCION QUINTA

Gerenta de la Beneficencia de Santander, siendo ese un empleo público que conlleva autoridad civil.

De igual manera, para la fecha de elección del señor Torres Bretón como Diputado también su hermana legítima Graciela Torres Bretón se desempeñaba y se sigue desempeñando como Gerenta de la Central de Abastos de Bucaramanga, ejerciendo por lo mismo autoridad civil.

Cita como normas violadas las de los artículos 179 y 299 de la Constitución Política vigente. La primera, en cuanto establece que no podrán ser congresistas "... 5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política"; y la segunda en cuanto dispone, en su tercer párrafo, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley, sin que pueda ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.

Como pruebas el actor acompaña con la demanda copia auténtica del acto acusado y copia idónea del registro civil de matrimonio de Aquiles Torres Bretón y María Victoria Yepes Velásquez. Luego se trajo copia del registro civil de nacimiento de los hermanos Aquiles Torres Bretón y Graciela Torres Bretón; copia de la Resolución 083 de noviembre de 1986 mediante la cual se nombra a la doctora Graciela Torres Bretón como Directora Administrativa y Financiera de la Central de Abastos de Bucaramanga S.A. (Centroabastos); copia del Acta 051 de 23 de octubre de 1987 mediante la cual la Junta Directiva de Centroabastos nombra a la doctora Torres Bretón en el cargo de Gerenta General de Centroabastos, luego ratificada en Acta 96 de 2 de marzo de 1992; copia auténtica de los estatutos de Centroabastos; copia del acta de posesión de la doctora María Victoria Yepes de Torres como Gerenta de la Beneficencia de Santander, número 0019 de 7 de enero de 1992; y fotocopia del Decreto 1492 de 30 de diciembre de 1986, emanado de la gobernación, por el que se expidió el estatuto orgánico de la Beneficencia de Santander.

La demanda fue contestada en oportunidad por el demandado Aquiles Torres por intermedio de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones de la misma por cuanto, se dice, el demandante "... pretende traer de los cabellos una norma constitucional sin desarrollar, como lo es el artículo 299, que en forma expresa requiere una ley reglamentaria que determine las inhabilidades e incompatibilidades de los diputados". De otra parte, agrega el opositor, "... aún no existe concepto claro ni preciso sobre el verdadero significado de autoridad civil o política a que se hace referencia en el numeral

5º del artículo 179 de la Constitución Nacional...”, sin olvidar que los trabajadores de Centroabastos, incluidos los de dirección y confianza, no son empleados públicos, pues están vinculados con contrato de trabajo.

Al decidir sobre el mérito de las pretensiones el *a quo* advirtió que en la demanda de que se trata se omitió desarrollar el concepto de la violación que se aduce, esto es, que la misma es inepta por ese motivo conforme se colige del artículo 137 numeral 4º. De allí que esa Corporación se abstuvo de pronunciarse sobre las súplicas, tal y como lo expresó en el punto quinto de la parte resolutiva del fallo acumulado;

c) Proceso 8437. Actor: Hermes Cristancho Pinzón. Opositor: Jairo Alfonso Mantilla Serrano.

Hermes Cristancho Pinzón solicita del honorable Tribunal Administrativo de Santander se declare la nulidad del acto administrativo de elección del señor Jairo Antonio Mantilla Serrano como Diputado a la Asamblea de esa sección territorial, período 1992-1994, contenido en el acto administrativo de carácter electoral identificado con suficiencia en páginas precedentes de esta providencia. Que, en consecuencia, se le cancele la respectiva credencial.

Expresa al respecto el demandante que el señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano fue elegido diputado a la Asamblea de Santander cuando simultáneamente su hermano Jorge Humberto Mantilla Serrano se desempeñaba como Alcalde municipal de Floridablanca, en el mismo departamento, desde el 1º de junio de 1990 terminando período el 31 de mayo de 1992. Que esa elección obedeció, entonces, a la influencia del potencial electoral que en esa zona domina el consanguíneo burgomaestre.

Cita como normas violadas los ordinales 5º y 8º inciso segundo del artículo 179 de la Constitución Política y el artículo 299 *ibidem*. La primera norma porque las inhabilidades señaladas a los congresistas son de obligatorio cumplimiento para quienes aspiran a ser diputados, “... aún sin ley que las señale”, lo que no constituye un desafuero si en cuenta se tiene que el inciso tercero del artículo 299 establece que el régimen de prohibiciones que defiere en la ley no podrá ser menos estricto que el consagrado en el canon 179, lo que hace a esta disposición comprensiva de la anterior y por ende aplicable a los aspirantes a la duma departamental por extensión. Conforme el inciso segundo del numeral 8º del artículo 179, las inhabilidades de los numerales 2º, 3º, 5º y 6º se refieren a situaciones que acontecen en la misma circunscripción. Y la segunda norma, es decir, la del artículo 299 constitucional, porque, ya se dijo, equipara el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congre-

SECCION QUINTA

sistas y los diputados cuando le define a este último un marco de severidad por lo menos igual al del primero.

Con el escrito de introducción aporta copia hábil del acto en lo pertinente atacado; también del acto de elección de Jorge Humberto Mantilla Serrano como Alcalde municipal de Floridablanca para el período 1990-1992; y registros de cómputos electorales de asamblea, período 1992-1994, correspondientes al área metropolitana de Floridablanca para sustentar su acusación en el sentido de que la elección como diputado 1992-1994 de Jairo Alfonso Mantilla Serrano es fiel reflejo del "... aprovechamiento indebido de posiciones con jurisdicción y mando, especialmente aquellas que permiten el uso y abuso de los manejos burocráticos y presupuestales para destinos no ortodoxos en aras de satisfacer vanidades político parentales..."; a ese efecto se recepcionó una declaración testimonial.

Igualmente en forma legal fueron traídas al expediente copias idóneas de certificación alusiva al hecho de la acreditación del señor Jorge Humberto Mantilla Serrano como Alcalde municipal de Floridablanca, período 1990-1992, como aparece en el libro de expedición de credenciales de la Registraduría de esa localidad a folios 15 de 30 de marzo de 1990; del acta de posesión del mentado Jorge Humberto Mantilla Serrano como burgomaestre de esa población; y de su registro civil de nacimiento.

El diputado cuya elección se demanda por conducto de apoderado judicial dio oportuna contestación al libelo introductorio, manifestando desde el principio su oposición a que se despachen favorablemente las pretensiones incoadas por cuanto fueron formuladas sin sustento probatorio o porque el que se aduce carece de toda relación con los pedimentos efectuados, a más de que no se invocaron fundamentos jurídicos que den soporte a la demanda. De otra parte, que no es cierto que la votación depositada por Jairo Alfonso Mantilla Serrano para ser elegido diputado se hubiese obtenido gracias a los favores políticos de su hermano Jorge Humberto, sino a través de varios años de servicio a la comunidad gracias a su contacto directo con el pueblo.

Advierte el señor apoderado, igualmente, que el artículo 179 de la Constitución Nacional que invoca el demandante para el caso en comento, "... consagra una serie de situaciones aplicables a los congresistas y que deben tomarse en cuenta para que mediante la expedición de la ley correspondiente se reglamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados. Pero esto no quiere decir que el mencionado artículo 179 defina el régimen a que se ha hecho referencia, este régimen fue deferido a la ley, es ella y sólo ella la que lo puede determinar una vez la expida el Congreso Nacional".

Citando al doctor Alfonso Reyes Echandia sostiene que "... las normas constitucionales son esencialmente programáticas, es decir, consagran en la mayoría de los casos, una serie de principios que deben ser desarrollados para lograr su aplicación práctica. Ese desarrollo, sin ninguna duda se consigue a través de la expedición de leyes por parte del órgano legislativo. Hasta tanto se complementa el principio constitucional, se logre la aplicación armónica con la normatividad legal, el principio se mantiene en suspenso, sin aplicación práctica. Y esto es lo que sucede con el caso planteado a través de esta demanda...". Por consiguiente, como excepción, propone la que denomina "inexistencia del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados".

Al decidir sobre las pretensiones de la demanda el *a quo* observó como aspecto fundamental que a los autos no se trajo la copia del registro civil de nacimiento de Jorge Humberto Mantilla Serrano no obstante el esfuerzo desplegado a ese fin, documento que para los objetivos del proceso era indispensable, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, los hechos y actos relativos al estado civil de las personas se prueban con los respectivos registros civiles. Que en esas condiciones, entonces, no estando probados los hechos sobre los que se edifican las pretensiones de la demanda, no procede comparación alguna con las normas constitucionales que se invocan como transgredidas y, por ende, tampoco tienen vocación de prosperidad las peticiones incoadas. No puede olvidarse, apunta el Tribunal de instancia, que de conformidad con el artículo 177 del C. de P. C., incumbe probar los supuestos fácticos, en tratándose de afirmaciones definidas, como la referida al parentesco, a quien los alega.

Se decidió en la sentencia, punto cuarto de la parte resolutive, denegar las súplicas de la demanda introductiva de este proceso;

d) Proceso 8436. Actor: Juan de Dios Tarazona Mendoza. Opositor: Jairo Alfonso Mantilla Serrano.

El ciudadano Juan de Dios Tarazona Mendoza solicita del honorable Tribunal Administrativo de Santander "... se declare la existencia de inhabilidad en la persona del señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano para ser diputado de la Asamblea de Santander". Que, en consecuencia, "... se declare la pérdida de la investidura de Diputado otorgada al señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano, mediante el acto de declaratoria de elección de diputados del departamento de Santander realizada el 15 de febrero (sic) del presente año".

SECCION QUINTA

Funda aquella solicitud en el hecho de que el elegido Jairo Alfonso Mantilla Serrano es hermano legítimo del señor Jorge Humberto Mantilla Serrano, Alcalde municipal de Floridablanca para el período 1990-1992, localidad del departamento de Santander.

Aduce como fundamentos de derecho los artículos 179 numeral 5º y 299 de la Constitución Nacional, transcribiéndolos en lo pertinente aunque sin expresar los motivos de la violación.

Con apoderado judicial el diputado cuya elección se impugna contesta la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma, puesto que se encuentran formuladas de manera incongruente con los hechos sustentatorios así como con las disposiciones jurídicas que reglamentan el ejercicio de la acción que erróneamente se ejerce. Como dicha demanda viola una serie de preceptos de orden sustantivo y procedimental, propone la excepción que denomina de “inepta demanda”.

De otra parte, en relación con el cargo que mal se plantea, precisa el contestante que el artículo 179 de la Carta es aplicable únicamente a los congresistas, y que el artículo 299 *ibidem* contiene condición perentoria que suspende la aplicación del mismo hasta tanto la proposición jurídica sea completada mediante la expedición por parte del Congreso de la ley correspondiente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados.

El Tribunal del conocimiento, al proferir sentencia, encontrando valederos los argumentos traídos por el apoderado del demandado se declaró inhibido para fallar de fondo el presente asunto, pues observó que ciertamente la demanda adolece de defectos sustanciales en la medida que no se individualiza el acto acusado, no contiene el concepto de la violación y se solicita medida conclusiva distinta de la declaratoria de nulidad pertinente. Por expresa prohibición del artículo 305 del C. de P. C., no se proferirán fallos que excedan lo pedido o que concedan cuestiones distintas de las pedidas porque ello rompe con la congruencia que deben guardar la sentencia y la demanda;

e) Proceso 8435. Actor: José Yepe Sanabria Ruiz. Opositor: Luis Alberto Gil Castillo.

Solicita José Yepe Sanabria Ruiz que se declare la nulidad del acto administrativo de elección del señor Luis Alberto Gil Castillo como Diputado a la Asamblea de Santander, período 1992-1994, constante en el formulario E-28 o acta parcial de escrutinio de votos para esa corporación; que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la credencial otorgada; se anulen los 8.068 votos depositados por la lista número 15 que encabezó el nombrado,

se establezca un nuevo cuociente electoral y se apliquen los residuos. Advierte que el segundo renglón de la lista 15 lo ocupa el señor Isaías Tristancho Gómez, persona que no reúne las calidades exigidas para acceder a la diputación ya que reside hace cinco años en Santafé de Bogotá donde se desempeña como Secretario General de Solidaridad de la Central Unitaria de Trabajadores, CUT. Que otros renglones de dicha lista están ocupados igualmente por educadores oficiales a la vez miembros activos del Sindicato de Educadores de Santander, SES.

Como hechos sustentatorios de la demanda el actor expresa que el señor Luis Alberto Gil Castillo al momento de su inscripción como candidato y posterior elección como Diputado tenía el carácter de servidor público de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, en cuanto vinculado laboralmente con el Ministerio de Educación Nacional en el cargo de maestro docente nombrado con Decreto 146 de 29 de enero de 1971, sin tener, entonces, posibilidad alguna de figurar en listas para cargos de elección popular.

Como normas violadas aduce los artículos 103, 127 y 152 de la Constitución Nacional, 46 del Decreto 1222 de 1986, las Leyes 3135 de 1968, 1848 de 1961 y el Decreto 1050 de 1968.

El actor expone los motivos de la violación y acompaña con la demanda las pruebas pertinentes que pretende hacer valer.

El demandado otorgó poder especial para su representación en el presente proceso, contestando oportunamente la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma, pues que los simples docentes oficiales como Gil Castillo se encuentran excluidos de la prohibición de participar en actividades y controversias políticas que contempla el artículo 127 constitucional, norma ésta que precisa los alcances de la prohibición señalando de manera clara a quienes afecta, sin que en ello se encuentren, se repite, los docentes oficiales. Por demás, que la reglamentación que se haga de esa norma, en modo alguno puede desbordar la regulación constitucional incluyendo a los docentes. Que en su calidad de simple docente tampoco lo cobija la previsión del artículo 46 del Decreto 1222 de 1986.

Por último, que las organizaciones sindicales no son, como lo cree el accionante, organizaciones gubernamentales.

Al respecto anota el Tribunal del conocimiento en la sentencia que decidió los acumulados, que el señor Gil Castillo, dadas las funciones que corresponden a un docente, no está comprendido en la prohibición establecida por la

SECCION QUINTA

Carta en su artículo 127, en cuanto tales funciones no implican autoridad civil, política o militar, pudiendo entonces tomar parte en actividades partidistas en la forma como lo determine la ley. Mientras tanto, tienen vigencia las normas permisivas o favorables, teniendo en cuenta que las inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación restrictiva.

Las demás normas que cita el demandante como infringidas, dice el Tribunal, contemplan formulaciones, principios, declaraciones dogmáticas no susceptibles de violación. Respecto de los Decretos 3135 y 1848 no se pronuncia el *a quo* habida consideración que el actor no citó los artículos vulnerados. Y lo propio ocurre en relación con la alegación en el sentido de que es miembro activo de organizaciones sindicales, porque es aspecto que carece de toda relevancia frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Por lo anterior, entonces, se denegaron las pretensiones de la demanda.

II. Consideraciones generales

Es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual, por virtud de la acción pública electoral, la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, sólo procede sobre la base de las causales consagradas en los numerales del artículo 223 del C. C. A., modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, por ser dichas causales de carácter taxativo y de interpretación restrictiva.

Pero además de lo anterior, ha repetido la Corporación, los hechos que se aleguen como fundamento de las pretensiones deben estar encuadrados en alguno o algunos de los casos previstos en dicha norma y haber sido plenamente demostrados en el proceso, a través de los medios probatorios idóneos y conducentes establecidos en la ley.

Vale decir, de lo anteriormente expuesto, que en el proceso jurisdiccional electoral no es dable dar alcances nulatorios a otros fenómenos de inobservancia de las normas que regulan los procedimientos de elección y de escrutinio, constitutivos algunos de causales de reclamación administrativa por vía del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, y otros inocuos, ante la necesidad de dar prevalencia al principio de la eficacia del voto.

A modo de ejemplo del primer caso, están los errores o inconsistencias aritméticas que advierte el apelante en relación con la mesa 01-Los Robles del municipio de Enciso, cuyos guarismos totalizantes mueven la inconformidad del actor del expediente 8439, Jaime Ballesteros Acuña, por no encontrarlos ajustados a la realidad de los resultados de esa mesa.

Como la Comisión Escrutadora Municipal entró en dudas sobre la exactitud de aquellos cómputos, consignados por los jurados de votación, con arreglo a la previsión del artículo 164 inciso segundo *in fine* del C. E., procedió entonces a la apertura de los sobres respectivos y al recuento de los votos para Asamblea allí consignados, pues la incertidumbre se contrajo a esa corporación, tomando los correctivos del caso.

De allí que si la aludida diligencia puede practicarse oficiosamente por parte de la Comisión Escrutadora cuando a su juicio haya duda sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación, no se ve la ilegalidad del procedimiento cumplido por los comisionados con relación a la mesa 01 de Los Robles, porque esa atribución corresponde precisamente a quienes efectúan el escrutinio, como también la consiguiente de subsanar las inconsistencias o errores aritméticos detectados.

Siendo pues infundado ese cargo, fue bien despachado por el Tribunal del conocimiento, que también acertó cuando desestimó la consideración de objeciones referidas a inconsistencias sumatorias en aquella mesa y por inasistencia de testigos electorales al acto público de escrutinios.

Así como resulta impróspero el recurso interpuesto mediante apoderado por el actor, lo es también su solicitud de nuevo escrutinio parcial con revisión de votos de las mesas cuestionadas, pues ello es ajeno a este proceso ante la inviabilidad de la pretensión nulitiva; además implicaría recuento de tarjetones electorales en prueba de los hechos de la demanda.

En lo atinente al literal a) del punto primero de la parte resolutive del fallo impugnado, que ordena excluir la votación de la mesa 03-puesto 05-zona 06 de Bucaramanga, vale observar que dicha medida fue dispuesta sobre supuestos conjeturales o meras apariencias, que no atendiendo a los resultados debidamente motivados de prueba técnico pericial producida por expertos oficiales, idónea al fin propuesto, que acredite más allá de toda duda la presencia de elementos tipificantes de la presunta falsedad o apocrificidad en las actas de los jurados de votación o de cualquier otro registro electoral. Sin esa probanza de orden técnico, que no se suple con la cuidadosa labor de observación directa por parte del juzgador, mal se puede inferir la concurrencia de falsedad material o ideológica con todos sus ingredientes objetivos y subjetivos conformantes, como mal aconteció en el *sub lite* para fundamento de la pretensión acogida, sin repararse que los rastros, huellas o signos detectados y en equivocada comprensión tomados como configurantes de falsedad o apocrificidad, carecen de entidad y relevancia, en cuanto la copia documental que los ofrece no es el único medio de convicción obrante en autos

SECCION QUINTA

en relación con el objeto de prueba, pues a los mismos se arrimó igual documentación disipante de cualquier duda al respecto, tornando inocua alguna irregularidad advertida, máxime que ningún efecto procesal devino de la misma.

En lo concerniente al resto de los acumulados decididos en la sentencia recurrida, no tiene la Corporación objeciones de fondo distinta de la que atañe a la interpretación que el *a quo* da al inciso tercero del artículo 127 de la Carta. En pleno acuerdo con concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, esta Sala ha dicho que la posibilidad de participar en actividades y controversias políticas de los empleados a que alude el inciso en mención está condicionada a lo que "... señale la ley" como expresamente lo dispone el texto normativo, de donde resulta improcedente entre tanto derivar de allí la desaparición de causales de inelegibilidad.

Volviendo a los procesos en examen, bien se abstuvo el *a quo* de fallar el fondo de los procesos 8438 y 8436 promovidos por Juan de Dios Tarazona Mendoza contra lo pertinente del acto eleccionario acusado, puesto que las demandas son realmente defectuosas, incompletas, carentes de requisitos de forma que las hace indefectiblemente ineptas.

En relación con el proceso 8437 promovido por Hermes Cristancho Pinzón contra el acto de elección del señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano como Diputado de la Asamblea de Santander, período 1992-1994, es de observar que ningún reparo le cabe a lo decidido por el *a quo* en el sentido que denegó las súplicas de la demanda, por no encontrar probados los hechos sustentatorios del cargo fundamental referido a presunta existencia de parentesco de consanguinidad entre el elegido y el Alcalde de Floridablanca 1990-1992, señor Jorge Humberto Mantilla Serrano. Lo cierto es, como lo precisa el Tribunal de instancia, que a los autos no se trajo la copia del registro civil de nacimiento del mentado Jorge Humberto Mantilla Serrano, que es el medio demostrativo, idóneo y pertinente que previene el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 en lo relativo al estado civil de las personas. De tal suerte, entonces, no cabía determinación distinta de la tomada en este asunto, por lo que se la confirmará.

Por último, en lo referente al proceso 8435, donde es actor José Yepe Sanabria Ruiz y demandado Luis Alberto Gil Castillo, el Tribunal del conocimiento despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda con razones que se acomodan al criterio de interpretación desarrollado por la Corporación en relación con los docentes oficiales elegidos por voto popular en cargos o cuerpos colegiados públicos. Bien dice el fallador de primera

instancia que por ningún aspecto es aplicable al caso concreto el artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 porque ni aparecen relacionados los maestros oficiales en la primera hipótesis prevenida ni el señor Luis Alberto Gil Castillo como docente ejerció dentro de los seis meses anteriores a su elección funciones que conllevaran jurisdicción o autoridad civil o política que es la segunda hipótesis contemplada en dicha norma. Encuentra el *a quo* que por ello no procede el cargo de inelegibilidad, en apreciación que comparte la Corporación para impartirle confirmación. Por lo demás, tampoco peca el Tribunal cuando desestima otras normas que se aducen violadas ya que contienen preceptiva y principios constitucionales no susceptibles de transgresión directa.

A mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acorde con el concepto de la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (E.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. *Revocar* los ordenamientos contenidos en el literal a) del punto primero (1º) y en el punto sexto (6º) de la parte resolutive de la sentencia de 29 de octubre de 1992, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Santander en estos procesos acumulados. En su lugar.

2. *Deniégase* las pretensiones de las demandas acumuladas.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, *devuélvase* el acumulado al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada hoy veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño*.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia / SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL / CUOCIENTE ELECTORAL

La causal se configura que cuando debiendo, no es utilizado el sistema del cuociente electoral, lo que no sucede en el caso en estudio en donde de las pruebas obrantes se deduce claramente que se utilizó el cuociente electoral en los casos en que tal sistema procedía.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos / PRESUPUESTO MUNICIPAL / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA FUNCIONAL

Tratándose de procesos de nulidad de elecciones de miembros de concejos municipales el número de instancias depende de si el municipio es o no capital de departamento pues siéndolo el negocio tiene dos instancias, la primera en el Tribunal Administrativo y la segunda ante el Consejo de Estado y, en caso de no serlo, el negocio será de una o dos instancia dependiendo del límite señalado en las normas al valor del presupuesto anual ordinario. En el último de los casos mencionados es indispensables que obre en el expediente el valor del presupuesto municipal para efectos de determinar si el caso es conocido en una o en dos instancias.

AUTO ADMISORIO / RECURSO DE APELACION - Improcedencia / SUSPENSION PROVISIONAL / RECURSOS

Cuando un negocio llega a esta Corporación para el estudio de la decisión sobre la suspensión provisional, no puede ser analizado en cuanto a la disposición adoptada sobre admisión de la demanda. Conforme a las normas vigentes, en el mismo auto en el cual se admite la demanda debe resolverse sobre la suspensión provisio-

nal. Es decir, que el auto denominado comúnmente admisorio de demanda, en realidad contiene dos disposiciones diferentes; una sobre la admisión con las provisiones respectivas y la otra contentiva de la decisión sobre suspensión provisional. La única disposición de la providencia en mención susceptible de recursos es esta última.

PROCESO ELECTORAL / PREJUDICIALIDAD PENAL - Improcedencia

La prejudicialidad penal en principio no se decreta en forma oficiosa. Pero, aunque así fuera, debe precisarse que en el proceso electoral no tiene cabida tal prejudicialidad.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / NORMAS PENALES / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia

Las normas penales que tipifican conductas, como delitos, sólo tienen consecuencias en el proceso, si también aparecen establecidas como causales de nulidad de una elección. Si no existe tal consagración no es posible acceder a declarar una nulidad con base en las normas desde el punto de vista penal y con las consecuencias correspondientes en dicho campo, para quien incurra en las conductas tipificadas en tal legislación.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. Mirén de La Lombana Magyaroff.

Ref.: Expediente número 933

Actora: María Lucía Cortés Quiñones.

Apelación sentencia

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de agosto de 1992 y su complementaria de 28 de agosto de 1992 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño denegó las pretensiones de la demanda.

Dan cuenta los autos que el doctor Rubén Darío Henao Forero obrando en propio nombre y en representación de María Lucía Cortés Quiñones, en ejercicio de la acción de nulidad de carácter electoral demandó la elección del señor Edgar Javier Rueda Lemos, como Alcalde del municipio de Barbacoas y la de los concejales del mismo municipio.

SECCION QUINTA

Narra como hechos de la demanda veinticuatro que, en síntesis, son los siguientes:

1. El 8 de marzo se realizaron las elecciones para Concejos Municipales, Asamblea Departamental y Alcaldes.

2. En Barbacoas se efectuaron las elecciones en cuestión: Para la Alcaldía se inscribieron dos nombres: Edgar Javier Rueda Lemos y Martha Lucía Cortés Quiñones quienes obtuvieron 2.356 y 2.193 votos, respectivamente.

3. Para el Concejo Municipal se inscribieron siete listas que obtuvieron votación, así: Franco R. Leiton, 457 votos, Edgar Barreiro C., 765 votos, Julio H. Ortiz, 273 votos, José P. Estrada, 61 votos, José Pai Quiñones, 1.861 votos.

Se computaron 617 votos en blanco y 182 votos nulos.

Los datos relacionados constan en el acta de escrutinios para el Concejo Municipal firmada por la Comisión Escrutadora y por el Secretario.

4. Para la Asamblea Departamental se elaboró el resultado en el Formulario E-24, y no es materia de acción, aclara la parte actora.

5. En el acta de escrutinios se hacen afirmaciones no verdaderas: Se dice que se reunió a las 9:00 a.m. cuando lo cierto es que el doctor Daza Dulce se encontraba borracho y sólo al medio día se presentó en la Registraduría del Estado Civil de la localidad.

6. En la misma acta se afirma que se procedió a abrir uno a uno los sobres que contienen los documentos, pero la afirmación no es cierta porque gran mayoría de los sobres llegaron abiertos.

7. La candidata a la Alcaldía, en atención a lo previsto por el art. 164 del C. E., solicitó el recuento de votos y la exhibición de los tarjetones. La misma candidata conforme a lo previsto por el art. 192 del C. E., presentó reclamación por escrito y sobre asuntos de competencia de la Comisión y del Delegado de la Registraduría.

8. La Comisión Escrutadora dictó la Resolución No. 001 de 10 de marzo de 1992. En la parte de los considerandos la Comisión, que aparentemente tiene la obligación de señalar las enmendaduras y tachaduras, no la cumple, violando los arts. 163, parágrafos 2º y 144 del C. E., por no hacer la anotación respectiva y por incurrir la misma Comisión en enmendaduras y borrones, como se observa en el formulario E-24 correspondiente a la Alcaldía en el renglón, de arriba a abajo, No. 13 donde con tinta correctora se borran 7

casillas y a pesar de haberse allegado las actas de los jurados en forma extemporánea, no se hizo constar como lo ordena la ley electoral.

9. En el mismo acto de escrutinios la señora Cortés apeló la decisión, recurso denegado por las razones expuestas por la Comisión Escrutadora, por Resolución No. 002 del 10 de marzo de 1992.

10. En la votación hecha en la inspección Luis Avelino Pérez los jurados de votación no anotaron los votos en blanco par el Concejo, pero, como puede verse en el Acta General, la Comisión Escrutadora anotó como votos en blanco 31.

11. En la inspección de San Miguel de Nambi, mesa No. 1, los jurados de votación no anotaron el total de votos en blanco, ni el total de votos nulos; la comisión escrutadora señaló un total de 14 votos en blanco y 4 nulos para el Consejo y emitió anotar el número o cantidad tanto de votos nulos como en blanco para Alcalde; lo mismo sucedió con los votos que se produjeron en la Inspección de Teraimbe, Diaguillo, Los Brazos, Pambana en la mesa No. 1 en el resultado de escrutinio se dio un total de 202 votos en blanco y 143 votos nulos.

12. Sin conocer los motivos del receso de la Comisión Escrutadora, y sin autorización legal que permita esos vacíos, el Secretario de la Comisión la citó para continuar el día siguiente a las 9:00 a.m. A las 2:00 p.m. del mismo día el demandante se hizo presente en las oficinas de la Registraduría para coadyuvar la reclamación de la señora María Lucía Cortés y aún no se había reunido. Hasta las cinco de ese día se reunieron para dar respuesta muy deficiente en relación con lo pedido, mediante Resolución No. 004 del 11 de marzo de 1992.

13. La Resolución No. 004 contiene también una falsedad de bulto porque afirma en el num. 1 del liter. b) que las lecturas de las actas de escrutinio terminaron el 10 de marzo de 1992 a las 7:30 p.m., cuando el acto mismo de escrutinio como las situaciones que pudieran generar las elecciones por virtud de la misma comisión estaban en suspenso o receso hasta el día siguiente y porque ellos mismos hacen constar el final del acta cuando afirman que siendo las 6:15 p.m. que, se deduce es p.m., del día 11 de marzo se terminó el escrutinio municipal; nótese cómo posteriormente a las dos de la tarde, según el Acta General se procedió a diligencias las actas parciales de escrutinio el 11 de marzo.

14. Tampoco es cierta, y eso constituye un delito de prevaricato por omisión, art. 150 del C. P., la afirmación en el Acta General en el sentido de

SECCION QUINTA

que las reclamaciones y apelaciones fueron absueltas porque si bien en su aspecto material dan respuesta escrita, lo cierto es que nada resolvieron en cuanto al contenido de las reclamaciones y a las solicitudes formuladas en el num. 1 y en el punto 2 de la relación, desconociendo el parágrafo final del art. 192 del Código Electoral.

15. En la lista del Consejo encabezada por Gerardo Pai Quiñones se cambió un nombre por el del señor Salomón Vargas. La lista encabezada por Pai Quiñones estaba inscrita por el Movimiento Nueva Fuerza de Integración Liberal. El señor Salomón Vargas es de filiación conservadora y no dio su aceptación para que su nombre fuera incluido ni prestó juramento de afiliación política.

16. En la única mesa de votación de Pambana el mismo delegado de la Registraduría Municipal marcaba la Tarjeta Electoral.

17. En la única mesa de Diaguillo la Delegada de la Registraduría, personalmente conducía a los electores hasta el cubículo de votación.

18. En las dos mesas de la inspección Justo Ortiz, más conocido como El Divino, el Delegado de la Registraduría retiró las cédulas de los votantes y si no votaban les cobraba \$200 de multa.

19. El actual Alcalde del municipio de Barbacoas, el Secretario de la Alcaldía, Celso Angulo, el Revisor Fiscal, Félix Cortés, el Personero, Hermelino Salazar, el Rector del Colegio Luis Irizar Salazar, Baudillo Castillo, los inspectores de policía departamentales y municipales, el Tesorero Arnulfo Preciado, conformaron un equipo, que dentro del derecho penal se denomina de la participación, Cap. Tercero, y de la Participación, Cap. Cuarto del concurso de hechos punibles, todos ellos con Edgar Javier Rueda Lemos candidato vencedor con la colaboración de la Registraduría y de la Policía Nacional destacada en Barbacoas, hicieron campaña política en la que se destacó:

a) Cancelación del contrato de trabajo, a veces por el Alcalde, a veces por el Secretario, aproximadamente, a 35 empleados de la Alcaldía con la promesa que hacía el alcalde de que si votaban por Rueda Lemos los volvían a contratar;

b) Freddy Quiñones Cortés y Ramiro (no se cita en la demanda el apellido y se manifiesta que se le conoce como Garricha), adquirieron lotes por compra al municipio por intermedio del Alcalde. Como estos señores o mejor la compañera de Freddy Quiñones a nombre de quien está hecha la compraventa

y la escritura, son del grupo que patrocinaba al Alcalde, este profirió una Resolución pretermitiendo todas las leyes y procedimientos posibles, por la cual expropiaba los lotes. El candidato Rueda como argumento de su campaña fue al barrio donde quedan ubicados los lotes a leer las Resoluciones y prometer la entrega de ellos entre los seguidores suyos perjudicando a Aide Cortés;

c) La asesora jurídica de la Alcaldía, Sonia Dávila, es la compañera permanente de Edgar Javier Rueda lo que origina un principio de incompatibilidad para lanzarse como Alcalde:

d) El municipio de Barbacoas recibió por impuesto del oro \$18.500.000 por los meses de enero y febrero y el día 5 de marzo, tres días antes de las elecciones, aunque la Caja Agraria estaba en paro, abrió sus puertas para entregar a la Tesorería del municipio \$48.000.000; de ese dinero, la Caja Agraria pagó diversos valores por préstamos que le habían hecho a la Alcaldía Luis Guerrero y Menarco Angulo en valor aproximado de \$27.000.000; todo lo retiró el Alcalde y el Tesorero, Luis Guerrero; Menarco Angulo y Eber Escobar cobraron este giro por haber sido ellos quienes suministraron materiales tales como cemento, tejas, etc., todo destinado a la campaña del candidato en mención.

El dinero restante fue utilizado para la compra de conciencias y de votos; así en la vereda de Inguambi de donde es oriundo el Tesorero, él personalmente entregaba, además de los elementos mencionados, dinero en efectivo; en Justo Ortiz o El Diviso, el Secretario de Educación del municipio, Alberto Cortés, entregó hasta \$20.000 por voto. Sobra anotar que para el transporte de los materiales se utilizaron los vehículos del municipio. De estos y otros elementos del problema electoral tuvo conocimiento la Procuraduría Regional de Nariño y se produjeron pliegos de cargos radicados con los números 8140, 8142, 8143, 8160 y 8138. El No. 8243 se remitió a la Regional de la Procuraduría de Tumaco.

20. En la mayoría de las mesas, y pone como ejemplo las números 3 y 11 en donde se encontraban como jurados Hernando Jorge y Rocío Pantoja, mesa 5, igualmente, se advirtió que varios votos válidos se clasificaron como nulos; esas mesas se ubicaron en criterio.

La lista que se inscribió para Concejo, fue encabezada por Juan Carlos Rueda, hermano de Edgar Javier Rueda candidato a Alcalde.

22. Menarco Angulo es contratista del municipio y prestamista del mismo y apareció encabezando una lista.

SECCION QUINTA

23. En la única mesa de la inspección de policía Luis Avelino Pérez el jurado de votación, Elvis Angulo Rosero, votó sin cédula porque la tiene perdida.

24. Con fines electorales la Alcaldía celebró gran cantidad de contratos para distintos objetos con igual número de personas, situación que comprobó la Procuraduría.

Como normas violadas y concepto de la violación señala la demanda;

Art. 2º de la C. N., apartes del cual transcribe, para afirmar que su violación corre paralela con la del art. 40 *ibidem*, en el que se establece el derecho que todos tenemos de participar libremente en la conformación, ejercicio y control del poder político.

A continuación menciona el art. 209 y 88 de la C. N., que manifiesta, establece el sentido de la función administrativa.

Reseña igualmente que el Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral señala principios generales entre los cuales menciona los establecidos en el art. 1º (imparcialidad), el num. 2 del mismo artículo citado (secreto del voto), el art. 2º (protección del ejercicio del sufragio).

Manifiesta que en todo el proceso anterior concomitante y posterior a las elecciones se dieron diferentes modalidades de perversión indebida y delictual, y se pregunta, cómo se puede explicar que el Alcalde y el Tesorero participen en política, que el Rector de un colegio presiona indicando el candidato a elegir. Cómo expropia mediante Resolución omitiendo todo lo reglamentado en la Ley 9ª de 1989 o Ley de Reforma Urbana y Leyes 2ª y 3ª de 1991.

Hace referencia a diferentes normas y principios del Derecho Penal que se están infringiendo pues los auxilios enviados para controlar el cólera fueron desviados.

La violación de las normas que establecen el principio de la libertad para todo, el respeto a la persona se encuentra patente en Barbacoas en donde se ha llegado a violar hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Concreta la violación de las normas electorales a qué funcionarios de la Registraduría infringieron la ley por acción y por omisión porque a pesar de las facultades de que trata el art. 192 del C. E. no resolvieron las reclamaciones presentadas en tiempo:

Explica qué debe entonces como voto en blanco, por indicarlo no sólo el manual de la Registraduría sino el fax del 6 de marzo de 1992, que es la marca de una tarjeta en un espacio que no corresponde a casilla alguna.

Muchos electores que anotaron una marca en una casilla extendieron las rayas por fuera de la misma, vieron convertido su voto en nulo o en blanco afectando la intención del voto; invoca los testimonios de Alfredo Santacruz, delegado de la Registraduría de Barbacoas, que a pesar de ser funcionario no hacía parte de la Comisión Escrutadora.

Se presenta también el problema de que un voto en blanco que es válido fue contabilizado como voto nulo.

El artículo 224 del C. C. A. de manera taxativa trae las causales de nulidad de las actas de escrutinio de las corporaciones electorales.

El num. 2 de dicha norma, establece como causal de nulidad el registro falta o apócrifo o la misma condición de los elementos que los conforman.

Al respecto explica que el acta general tiene afirmaciones que no son ciertas, pero lo verdaderamente grave es el criterio con el cual se formaron los actos administrativos.

Si bien es cierto en Colombia no se desliga el derecho penal propiamente dicho del derecho administrativo, debe referirse al artículo 219 del C. P. que establece cuándo existe falsedad ideológica. La tipificación se dio en las actas electorales en lo que respecta a la nulidad o calificación de blancos de los votos, a más de que se cae en contradicción en cuanto al día y hora de terminación de los escrutinios.

El artículo 224 numeral 3 establece como causal de nulidad que se comprueben graves irregularidades que indique alteración de los auténticos resultados electorales.

Explica que sumadas las pequeñas irregularidades resulta una gran irregularidad pero considera no se pueden validar unas elecciones que tienen como origen una causa ilícita porque el resultado sigue siendo ilícito; el hecho de que los delegados marquen los votos, que lleven a los cubículos a los electores, que se permita el clientelismo derivado de sistemas corrompidos; que haya oportunos y considerables giros bancarios para el cumplimiento de las obligaciones con los municipios antes de elecciones, son graves irregularidades que merecen una corrección porque son factor de violencia.

La conducta de los jurados de votación, la de los delegados de la Registraduría para ayudar a un candidato los lleva a la infracción del numeral 6 del artículo 224 del C. C. A. y produce la violación del sistema electoral.

Con la modificación de la lista, explica, inscrita por el señor José Gerardo Pai Quiñones y la inclusión del nombre de Salomón Vargas quien no expresó

SECCION QUINTA

su aceptación y no prestó juramento de afiliación política, se violó el sistema de elección; no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículos 88 y ss. del Código Electoral especialmente el artículo 92 y 93 del mismo estatuto, la consagración que de la obligación hace el artículo 224 del C. C. A. al constituir como causal de nulidad las actas de escrutinio, porque se inscribió a personas de prestigio sin que las mismas aceptaran, por lo que la situación debe invalidarse.

El artículo 224 numeral 98 establece como causal de nulidad las originadas en las calidades de los candidatos.

Es posible que el candidato Edgar Javier Rueda Lemos hubiera reunido para el momento de su inscripción, los requisitos formales que exige la ley, no obstante haber actuado en la gestión administrativa del Alcalde en ejercicio y de su equipo de colaboradores, pero es que en el Acta, afirma, no se dice a quién se declara como Alcalde.

Manifiesta que las calidades tanto del candidato a Alcalde como de los señores Menarco Angulo y Juan Carlos Rueda se perdieron por hechos anteriores a la inscripción y, por lo menos, quien fue declarado alcalde verá comprometida su responsabilidad penal.

Vuelve sobre el aspecto de la falsedad para invocar la sentencia del Consejo de Estado del 20 de noviembre de 1945, apartes de la cual transcribe en apoyo de su alegación.

El señor Eduardo Rueda Lemos por intermedio de apoderado se hizo parté en el juicio y con ocasión de la contestación de la demanda, manifestó respecto de los hechos que son ciertos los números 1, 2, 3 y 4 con la anotación de que el último no tiene incidencia en el proceso.

En cuanto al hecho 7 manifiesta que sólo es cierto en cuanto a la presencia de la señora María Lucía Cortés Quiñones y la presentación de unas reclamaciones; en lo demás no.

Acepta el hecho 9 y solicita prueba del 10 y del 11.

Admite el hecho 12 en cuanto a la existencia tanto de la reclamación como de su decisión por Resolución No. 4 de 11 de marzo.

El hecho 13 manifiesta que no es cierto.

El hecho 14 lo considera confuso y contradictorio y, alega, se destruye por sí mismo.

Manifiesta que no son ciertos los hechos 16, 17 y 18.

En cuanto al 19 no lo considera hecho sino sucesión de hechos, contrarios a la verdad. Con la anotación de que las denuncias que contiene en manera alguna afectan la elección de Alcalde y se extraña de que el actor no hubiera hecho las denuncias ante las autoridades correspondientes. Lo propio sucede con el hecho 24.

Expone que el hecho 20 no es cierto y que, además, quienes allí figuran como testigos son seguidores políticos de la señora Cortés de Quiñones lo que resta credibilidad a los testimonios.

Manifiesta que el hecho 21 es falso. Nunca se inscribió lista alguna para el H. Concejo Municipal al hermano de quien fuera elegido como Alcalde. Se inscribió sí, pero como un segundo renglón y su nombre fue cambiado.

El hecho 22 no se refiere al Alcalde Municipal.

El hecho 23 debe probarse aunque resulta intrascendente.

En relación con las pretensiones manifiesta que no hay poder para hacer la solicitud que contiene la demanda. Además, que la sanción que se pide se funda en una norma declarada inexecutable por sentencia del 16 de agosto de 1984 como sucede con el art. 264 del C. C. A.

A las normas violadas y al concepto de la violación manifiesta que no basta copiar los apartes de una norma, sino que debe explicarse en qué consiste la violación. Es temerario hacer, describir qué es la violación.

En cuanto a la falta de decisión de las reclamaciones, explica, basta decir que a la demanda se acompaña copia de las Resoluciones mediante las cuales se decidieron.

El art. 224 del C. C. A. fue derogado por el artículo 73 de la Ley 96 de 1985, de donde resulta que la referencia a su texto es improcedente.

El Tribunal Administrativo de Nariño en sentencia del 10 de agosto de 1992, denegó las pretensiones de la demanda en relación con la elección del señor Edgar Javier Rueda Lemos como Alcalde de Barbacoas, Nariño, y mediante sentencia complementaria del 28 de agosto del mismo año, denegó las peticiones relacionadas con la demanda contra la elección de los concejales del municipio en mención, por considerar que en los casos planteados no habían pruebas que demostraran los hechos alegados.

La parte actora apeló la anterior decisión y al sustentar el recurso hizo los siguientes planteamientos.

SECCION QUINTA

Señala que se cometió un error al presentar una sola demanda en la cual se acumularon las solicitudes de nulidad de la elección tanto de los concejales como del Alcalde del Municipio de Barbacoas, que considera improcedente frente a la doctrina del derecho administrativo según la cual no puede haber acumulación en tales casos.

La negativa de la suspensión provisional impetrada ante el Tribunal fue apelada ante esta Corporación que tampoco advirtió la improcedencia de la demanda.

No obstante, alega, como la situación puede ser corregida por aplicación del art. 143 del C. de P. C. solicita se decrete la nulidad desde el auto que admitió la demanda y se subsane profiriendo un auto por parte del Tribunal de Nariño en el cual se ordene la corrección de la demanda dentro de los términos previstos en la ley.

No obstante lo anterior y para el caso de no aceptarse la declaratoria de nulidad propuesta, expone los motivos de inconformidad con la decisión de primera instancia.

Los fundamentos que expone son los siguientes:

1. Desde un comienzo del proceso electoral, en su desarrollo y en el momento de las elecciones como bien se advirtió en la demanda, y se aceptó por el Tribunal, el asunto era complejo, y había, necesariamente, que estudiar aspectos que no aparecen en la legislación electoral colombiana. Debíó tomarse la legislación penal como lo indican los enunciados de los hechos 6, 13, 14, 19 que resultan "pálidos" frente a lo verdaderamente sucedido en la población. Ante la exposición de la demanda se han debido compulsar copias a la justicia penal ordinaria y aún oficiosamente proponer una prejudicialidad penal suspendiendo el trámite del proceso administrativo hasta que la jurisdicción penal competente diera claridad frente al asunto debatido.

2. La decisión de primera instancia se apoya en la carencia de pruebas lo que no es del todo cierto, puesto que algunos de los presupuestos fácticos de la demanda se encuentran debidamente acreditados. Se afirma en el hecho 7 que la candidata Cortés hizo una reclamación y que los escrutadores violando la ley no le dieron las garantías a tal reclamación, y de ello se aportó prueba como anexo de la demanda.

El hecho 5 de la demanda se encuentra igualmente probado con la declaración del señor Antonio Terán quien en la época de las elecciones era Alcalde *ad hoc*. La declaración del señor Terán prueba el hecho décimo.

3. El hecho 13 de la demanda se encuentra demostrado no sólo con la prueba documental allegada con la demanda sino con la declaración de uno de los testigos; pero el documento que está suscrito por funcionarios públicos y por otros que cumplían funciones públicas, prueba la verdad de las afirmaciones al igual que lo relatado en el hecho 12.

4. El hecho 14 se encuentra igualmente probado con la prueba documental pertinente y conlleva a otra situación y es la violación del artículo 192 del C. E. por parte de las autoridades respectivas.

5. Plantea que desafortunadamente, para la época de la decisión de primera instancia no se habían adelantado lo suficientemente los procesos disciplinarios y a pesar de que varios de ellos no han terminado, en todos se encuentran formulados serios pliegos de cargos lo que le da mayor fuerza a la demanda.

6. El sistema electoral nuestro es un sistema imperfecto y se suma a ello la cantidad de vicios y mañas de quienes lo aplican por lo que se hace necesario que la ley imponga los correctivos del caso por lo que solicita a esta Corporación que revoque la providencia del Tribunal porque su decisión se basa en la falta de unas pruebas que obran en el expediente y porque a su juicio, basta que se pruebe un hecho que constituya causal de anulación para dar prosperidad a las pretensiones de la demanda.

Mediante auto de 15 de enero de 1993, la Sala Unitaria se pronunció en contra de la nulidad solicitada rechazándola de plano y ordenando la tramitación del recurso.

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso en su concepto de fondo considera que la Sala no puede pronunciarse sobre la indebida acumulación de pretensiones, ni sobre los cargos formulados contra la elección de los ediles del municipio de Barbacoas por cuanto no se acompañó al proceso el presupuesto del municipio y, por lo mismo, hay incompetencia para decidir sobre dichos aspectos (arts. 131 y 132 del C. C. A. en concordancia con el art. 129 *ibidem*).

En relación con la elección de Alcalde Municipal considera deben analizarse los cargos por tratarse de un negocio de dos instancias en cuanto a esta demanda, y a ello procede, en la siguiente forma:

Los arts. 224 y 225 del C. C. A. fueron derogadas por el art. 73 de la Ley 96 de 1985. La Ley 62 de 1988 en su art. 17 establece causales de nulidad de las actas de los jurados de votación y de toda corporación electoral. En la

SECCION QUINTA

demanda se deben señalar con toda precisión las causales de anulación tal como lo ordena el art. 137-4 del C. C. A.

La omisión en el señalamiento de las disposiciones violadas conlleva a la improperidad de la acción por cuanto no se puede declarar una nulidad con base en normas no citadas o no vigentes. Por cuanto es requisito indispensable la confrontación del acto que se acusa con las disposiciones invocadas para concluir si se obró o no en derecho siendo imposible para el fallador traer normas no invocadas por no ser una acción oficiosa.

Al citarse una disposición derogada, el cargo no prosperaría.

Por otro lado, como el actor apoya sus cargos en numerosas disposiciones del C. E. y los artículos 2º, 40, 88 y 209 de la C. N. el Ministerio Público anota que las primeras no son de proposición directa como causales de nulidad ante esta jurisdicción por cuanto la competencia está radicada en las autoridades electorales, pudiendo ser demandadas cuando se enmarcan en las causales de anulación de que trata el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, pues la Jurisdicción de carácter rogado.

Como en el caso en estudio no se mencionó una norma que se considerara como infringida, de las antes mencionadas, no prospera el cargo.

En cuanto a la transgresión de las disposiciones constitucionales la Procuraduría concluye que no se configura violación alguna porque lo plasmado en dichas normas son principios generales, derechos y reglas que no se refieren al caso en estudio.

Con base en lo anterior solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES:

Cuestión previa

La acción pública de nulidad de carácter electoral tiene como finalidad obtener la anulación de una elección en particular, por lo cual debe señalarse en forma precisa el acto cuya anulación se pretende.

La indebida acumulación de pretensiones en esta clase de acciones se presenta cuando las formuladas en la demanda desvirtúan la acción en estudio.

Ahora bien, en el presente caso se observa que en una sola demanda se solicita la nulidad de la elección de los Concejales del municipio de Barbacoas y la del Alcalde de la misma localidad. Desde el punto de la acumulación de pretensiones no hay vicio de ninguna clase, conforme a lo antes visto, por cuanto con ninguna de las peticiones se desvirtúa la acción en estudio.

Ahora bien, el problema puede presentarse cuando el conocimiento de cada uno de los actos que se acusan corresponde a distinta Corporación por razón de los factores que determinan la competencia.

Para efectos del presente estudio se observa que el conocimiento de las demandas contra elecciones de alcaldes, corresponde en todos los casos en primera instancia a los Tribunales Administrativos y en segunda instancia al Consejo de Estado (art. 29 de la Ley 78 de 1986), lo que permite deducir que por este aspecto el negocio es de dos instancias.

En tratándose de procesos de nulidad de elecciones de miembros de concejos municipales el número de instancias depende de si el municipio es o no capital de departamento pues siéndolo el negocio tiene dos instancias, la primera en el Tribunal Administrativo y la segunda ante el Consejo de Estado y, en caso de no serlo, el negocio será de una o dos instancias dependiendo del límite señalado en las normas al valor del presupuesto anual ordinario (arts. 129, 131-3, 132-4 del C. C. A.)

En el último de los casos mencionados es indispensable que obre en el expediente el valor del presupuesto municipal para efectos de determinar si el caso es conocido en una o en dos instancias.

En el presente caso se relaciona con el aspecto del presupuesto se observa que a folio 274 del c. 2 obra su valor que por superar el límite fijado en el art. 131-2 del C. C. A. permite deducir que el negocio es de dos instancias, en lo que hace a la elección de Concejales.

En éste orden de ideas, la Corporación es competente para resolver la apelación interpuesta contra la decisión del Tribunal, tanto en lo que hace relación a la elección de Alcalde de Barbacoas como del Concejo de la misma municipalidad.

Ahora bien, debe precisarse por último que cuando un negocio llega a esta Corporación para el estudio de la decisión sobre la suspensión provisional, no puede ser analizado en cuanto a la disposición adoptada sobre admisión de la demanda.

En efecto, conforme a las normas vigentes, en el mismo auto en el cual se admite la demanda debe resolverse sobre la suspensión provisional (en el caso de que la misma sea solicitada). Es decir que el auto denominado comúnmente admisorio de demanda, en realidad contiene dos disposiciones diferentes: una sobre la admisión con las provisiones respectivas y otra la contentiva de la decisión sobre suspensión provisional. La única disposición de la providencia

SECCION QUINTA

en mención susceptible de recursos es esta última. En consecuencia, la competencia de la Corporación es solo para analizar la medida cautelar, sin que le sea posible en tal oportunidad pronunciarse sobre la admisión de la demanda, aspecto no susceptible de recursos.

EL FONDO DEL NEGOCIO

La Sala debe hacer las siguientes precisiones:

La acción pública de nulidad de carácter electoral aunque se caracteriza por ser más amplia en la interpretación de la demanda, no puede llegar al extremo de señalar, por parte del fallador, normas que no han sido invocadas por la demanda como violadas porque el marco de *litis* en esta clase de procesos está señalado por el actor.

Lo anterior no obsta para que si el actor transcribe o cita una causal de nulidad específica con señalamiento de una norma derogada o subrogada por otra que establece la causal indicada por el libelo, se estudie el cargo a la luz de la disposición vigente, siempre que sea la misma invocada en forma incompleta por el actor.

2. El estudio que se hace en esta clase de juicios consiste básicamente en la comparación entre las disposiciones que se estiman violadas en el libelo, según el concepto de violación plasmado en el mismo y las pruebas de los hechos, con el acto acusado para deducir si este violó efectivamente las disposiciones mencionadas.

3. Las pretensiones se acogen o no, según aparezcan demostrados los hechos, y los mismos demuestren que el acto viola una de las disposiciones que se invocan y que aparezcan establecidas como causal de nulidad en el derecho electoral vigente.

No es por lo tanto pertinente, para efectos de la declaratoria de nulidad, la mención de disposiciones de carácter distinto al electoral que no establezcan nulidades respecto de la elección correspondiente.

4. La prejudicialidad penal en principio no se decreta en forma oficiosa (art. 170 y 171 del C. de P. C.), como lo pretende el actor. Pero, aunque así fuera, debe precisarse que en el proceso electoral no tiene cabida tal prejudicialidad como ya lo ha dicho la Sala en anteriores oportunidades.

Visto lo anterior la Sala procede a realizar el análisis con la advertencia de que el mismo tomará en cuenta las normas que al momento de los hechos constituían causal de nulidad de la elección, siempre que aparezcan mencionadas por el actor.

En el presente caso se observa que en el concepto de violación se citan normas de rango constitucional (arts. 2º, 40, 209 y 88 de la C. N.) que, como muy bien lo anota la colaboradora del Ministerio Público no establecen nulidades electorales. En consecuencia, no es pertinente su aplicación al proceso, y por lo mismo, la sola mención no genera la prosperidad de cargo alguno.

Las normas del Código Penal citadas en la demanda tampoco establecen causales de nulidad de carácter electoral. Vale la pena que en este punto la Sala reitere la tesis que ha sostenido en anteriores oportunidades, consistente en que las normas penales que tipifican conductas, como delitos, sólo tienen consecuencias en el proceso, si también aparecen establecidas como causales de nulidad de una elección. Si no existe tal consagración no es posible acceder a declarar una nulidad con base en las normas en cuestión, que obviamente generarán una situación especial desde el punto de vista penal y con las consecuencias correspondientes en dicho campo, para quien incurra en las conductas tipificadas en tal legislación.

Por la razón anotada no es posible como lo pretende el recurrente estudiar a la luz de las normas penales los hechos 6, 13, 14 y 19 y, por lo mismo, los cargos fundados en tales hechos por el aspecto anotado deben ser rechazados.

Igual acontece con los cargos fundados en la violación de las normas sobre reforma urbana que no contienen causales de nulidad de la elección demandada y por tal razón deberán ser rechazados.

En relación con la cita de las disposiciones del Código Electoral, la Sala observa que, como bien lo señala la señora Procuradora por sí solas no son causales de nulidad. Es necesario que las irregularidades o infracciones de las disposiciones en comento señalen que tales infracciones constituyan causales de nulidad de la elección. En consecuencia, sólo en la medida en que se invoque una causal de nulidad en que se incurra por la violación de dichas normas del C. E. podrá hacerse el estudio correspondiente. De lo contrario, los cargos deben ser rechazados.

En relación con la invocación del art. 224 del C. C. A. caben las siguientes precisiones.

La norma en cuestión fue derogada expresamente por el art. 73 de la Ley 96 de 1985, tal como lo señala la señora Procuradora en su vista de fondo.

De la norma en mención el actor en el concepto de violación cita los numerales 3 y 8 que no aparecen establecidos en norma posterior como

SECCIONQUINTA

causales de nulidad de las elecciones por lo cual los cargos fundados en las causales allí plasmadas deben ser despachados desfavorablemente sin hacer un análisis adicional.

El num. 6 del artículo 224 del C. C. A. aparece en el artículo 17-4 de la Ley 62 de 1988, vigente al momento de ocurrir los hechos que dan lugar al proceso, con el siguiente tenor:

“Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

“ ...

“4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República”.

De la transcripción anterior se sigue que lo establecido como causal de nulidad es la violación del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República”.

De la transcripción anterior se sigue que lo establecido como causal de nulidad es la violación del cuociente electoral. Ya la Sala en anteriores oportunidades ha señalado el alcance de la disposición en el sentido de indicar que la causal se configura cuando debiendo, no es utilizado el sistema del cuociente en mención lo que no sucede en el caso en estudio en donde de las pruebas obrantes se deduce claramente que se utilizó el cuociente electoral en los casos en que tal sistema procedía.

Así las cosas se concluye que no prosperan los cargos fundados en la causal en estudio.

Se invoca también, en la demanda el num. 2 del art. 224 cuya versión vigente es el numeral 2 de la Ley 62 de 1988, del siguiente tenor:

“ ...

“2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación”.

En atención a lo expuesto al inicio de las consideraciones es procedente analizar los cargos fundados en la invocación incompleta de la anterior disposición, con la advertencia de que el estudio se realizará a la luz de la disposición vigente a la ocurrencia de los hechos o sea conforme a la transcripción anterior.

En relación con el aspecto de la falsedad y la apocrifidad ya la Sala se ha pronunciado en anteriores oportunidades por lo que vale la pena transcribir los apartes pertinentes de la última de las providencias en la que sobre tal tema se expuso:

“... sólo agregaría lo que ya en otras oportunidades se ha reiterado en relación con la falsedad y apocrifidad como motivos de nulidad (art. 223-2 del C. C. A.), en el sentido de que la configuración de ésta y aquella, no se da por el hecho de que se detecten algunas irregularidades en los registros electorales o en los documentos que sirvieron como antecedentes. La falsedad como delito contra la administración pública, exige comprobación -no sólo mención- de una intención dolosa tendiente a causar un perjuicio, que en los actos electorales, se traduce en el desconocimiento de la voluntad de los electores reflejada en el resultado electoral, que a su vez constituye objeto de protección legal (art. 1-3 C. E.)”. (Exp. 922, Actor: Enrique Villarreal Sarasty y otro, Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía. Fecha: 18 de marzo de 1993).

Es claro, entonces que los hechos con base en los cuales se considera se incurrió en falsedad, en realidad no cumplen con los presupuestos de la misma en cuanto al proceso que ocupa a la Sala.

En efecto, el hecho de que se haya consignado una hora de iniciación de las diligencias distinta a la real, puede constituir una irregularidad pero no de consecuencias nulitantes en relación con la elección por cuanto no aparece demostrado que tales fallas se reflejan en los resultados obtenidos.

Se manifiesta que constituye falsedad en el acta la mención de la apertura de los sobres, tal situación no aparece demostrada con el documento como lo pretende el recurrente y los testimonios arrimados en su mayoría avalan lo que aparece consignado en la misma, aparte de que tal circunstancia no fue discutida.

En relación con las enmendaduras, se asegura que sobre tal asunto se reclamó y al respecto se observa que, en efecto, se decidió sobre el particular por Resoluciones Nos. 1 y 2 del 10 de marzo de 1992, mediante las cuales, en su orden, se decidió sobre supuestas tachaduras enunciadas en forma genérica, señalando la Comisión, que a medida que se presentaran los casos se dejaría la correspondiente anotación, y se denegó la apelación interpuesta por haber sido solicitada con base en disposiciones derogadas y mediante Resolución No. 4 del 11 del mismo mes y año que resolvió una nueva reclamación que fue declarada extemporánea e improcedente. En consecuen-

SECCIONQUINTA

cia, no ve la Sala cómo puede afirmarse que no hubo decisión cuando la misma consta en el expediente; que las mismas no se acomodaran a las peticiones es cosa distinta a afirmar que se omitió decidir, cuándo hay constancia de tal actuación.

Ahora bien, debe anotarse que en el momento de la lectura concreta de las actas no aparece presentada ninguna reclamación por quien en este proceso figura como parte actora en relación con la existencia de las tachaduras que en forma genérica alegó en un principio.

En relación con el hecho de que no se anotaran los votos en blanco, en el acta misma aparece la correspondiente explicación que no fue discutida.

Que la comisión había resuelto reunirse a una hora determinada y que lo hizo en hora posterior: Esta situación no aparece demostrado que influya en los resultados electorales, por lo que no es posible sostener que haya nulidad de la elección por razón de tal irregularidad.

En este orden de ideas para la Sala resulta claro que los cargos deben recibir despacho desfavorable.

Como en tal sentido se pronunció el Tribunal en las decisiones objeto de este recurso, conforme a las anteriores consideraciones la actuación del Tribunal debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso y parcialmente de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 10 de agosto de 1992 y su complementaria del 28 de agosto del mismo año, dictadas por el Tribunal Administrativo de Nariño, objeto de la presente apelación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Nota de la Relatoría: En esta misma providencia reitera la Jurisprudencia sobre apocriefidad, Expediente No. 922, actor: Enrique Villarreal Sarasty y otro.

CONCEJAL / EMPLEADO OFICIAL

Todas las personas que prestan sus servicios personales al Estado Colombiano-Nación, entidades territoriales, entidades descentralizadas, Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, Rama Jurisdiccional y Legislativa, a cambio de una remuneración, son empleados oficiales —género— y que ellos, según se encuentren colocados en situación contractual laboral o en situación estatutaria o reglamentaria, son empleados públicos, trabajadores oficiales o funcionarios de la seguridad -especies del género-; que por utilizar la ley la expresión “empleados oficiales”, comprende, para efectos de la inhabilidad consagrada en el art. 83 del Decreto-ley 1333 de 1986, tanto a los trabajadores oficiales como a los funcionarios de la seguridad social y a los empleados públicos. Esto implica que los docentes oficiales son empleados oficiales en la especie de empleados públicos. Si bien es cierto que pueden tener un régimen especial o diferente al común u ordinario de los demás empleados o funcionarios del Estado, no es menos cierto que esto no los excluye de la inhabilidad legal para poder ser elegidos concejales, consistentes ella en el hecho de haber ejercido, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, un empleo o cargo en el sector público. En este caso la inhabilidad es para todos los empleados públicos, sin excepción ya que la norma no la prevé.

SERVIDOR PUBLICO / PARTICIPACION EN POLITICA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

El art. 127 de la C. N. admite que los servidores públicos participen en actividades y controversias políticas, pero es evidente que no consagró una autorización absoluta, pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales actividades a los que señale la ley que para su reglamentación debe expedirse. El legislador es quien debe determinar con qué condiciones podrán participar los empleados

SECCION QUINTA

no contemplados en esta prohibición. Hasta que no se produzca la reglamentación, deben aplicarse las normas vigentes, en este caso el art. 83 del Decreto 1333 de 1986, que como ya se dijo, hace inelegibles como concejales a quienes hayan sido empleados oficiales dentro de los seis meses anteriores a la elección.

CONCEJAL / NULIDAD ELECTORAL / VACANCIA

El artículo 261 de la Carta, señaló que las vacancias absolutas debían ser llenadas "...por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente". Al respecto la Sala ha expresado claramente, en diversas oportunidades, en relación con los casos en los cuales los Tribunales deban ejecutar las sentencias (art. 248, inc. 2º del C. C. A.) que no es procedente decidir sobre la provisión de vacancias absolutas, por declaratoria de nulidad de una elección. En consecuencia el a quo debió limitarse en su fallo a declarar la nulidad del acto demandado, sin disponer en la parte resolutive del mismo, que al cargo vacante debería ser llenado por el segundo de la lista inscrita.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993

Consejeros Ponentes: Dra. *Mirén de La Lombana* y otros.

Apelación sentencia

Expediente 0923

Actor: Marcial de Jesús Montero.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra los numerales 2 y 3 de la sentencia de 20 de octubre de 1992 por medio de los cuales el Tribunal Administrativo de Sucre declaró la nulidad de la elección del señor Roger Oswaldo Paternina Flórez como concejal del municipio de Corozal para el período comprendido entre 1992-1994 y declaró elegido concejal del mismo municipio al señor William Román Villadiego, ordenando expedir la credencial que lo acredite como tal.

ANTECEDENTES:

Procedentes del Tribunal Administrativo de Sucre llegaron a esta Corporación los procesos acumulados Nos. 3821, 3822, 3829 y 3830.

(Expediente No. 3822, Actor: *Ramón Tirado Mercado*).

El demandante, mediante acción pública de nulidad electoral, solicita que se anule el acto administrativo que declaró la elección del señor Roger Paternina Flórez como concejal del municipio de Corozal, por considerar que estaba inhabilitado para ser elegido al desempeñarse como empleado oficial, en su condición de profesor del Colegio "Gabriel García Márquez", de Corozal. Las normas que considera violadas son el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y el Decreto 2279 (fls. 1 a 3).

El demandado, mediante apoderado, se opone a las pretensiones del libelo por considerar que las normas mencionadas no son aplicables al magisterio y menos a él que no ejerció jurisdicción, ni mando (fls. 20 y 21. Además, contrarían el art. 127 de la Carta Magna, haciendo imposible su aplicación.

(Expediente No. 3821. Actor: *Mario Romero Gil*).

El demandante solicitó la nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró electo al señor Eloy Rodrigo Alvarez Rivera como concejal del municipio de Corozal, por considerar que se violó el art. 5º de la Ley 78 de 1986, en concordancia con el parágrafo 2º del art. 1º de la Ley 49 de 1987. Estima el actor, que el señor Alvarez Rivera contrató y sigue efectuando contratos de suministro con la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Corozal, por lo cual estaba inhabilitado (fls. 1 a 6).

Mediante poder debidamente constituido (fl. 75), el señor Eloy Rodrigo Alvarez Rivera se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que los hechos que narra ésta, no son ciertos (fls. 76 y 77).

(Expediente No. 3829, actor: *Juan José Vergara Vivero*).

El demandante solicita la declaratoria de nulidad de la elección del señor Roger Oswaldo Paternina Flórez como concejal del municipio de Corozal, por considerar que éste se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo al tenor de lo dispuesto en el art. 83 del Código de Régimen Municipal (fls. 1 a 5).

El señor Paternina Flórez, a través de apoderado debidamente constituido (fl. 46) se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que esta norma no es aplicable al magisterio (fls. 47 y 48).

A fl. 59, el señor Manuel Herazo Moreno solicita que se le tenga como parte opositora y se opone a las peticiones de la demanda. Mediante auto fechado el 25 de junio de 1992, se le reconoció como tal (fl. 63).

(Expediente No. 3830, actor: *Marcial de Jesús Montero Mercado*).

SECCION QUINTA

Mediante acción pública electoral, el demandante solicita la nulidad del acta de escrutinios municipal de Corozal, en relación con los votos depositados en la mesa única que funcionó en el corregimiento de Hato Nuevo, por considerar que se violó el art. 258 de la C. N. en concordancia con el art. 81 del Código de Régimen Municipal, ya que a la mayoría de los votantes de esta mesa se les constriñó y se les suplantó en el ejercicio de sufragio (fls. 1 a 7).

Mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 32), el señor Luis Mariano Herazo Serpa se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 33 a 36).

Mediante auto fechado el 12 de agosto de 1992, el Tribunal Administrativo de Sucre resolvió acumular para fallar en una misma sentencia, los procesos distinguidos con los números 3821, 3822, 389 y 3830, por reunir los requisitos exigidos en el art. 238 del C. C. A. (fls. 82 a 84, exp. 3822).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Mediante sentencia fechada el 20 de octubre de 1992, el Tribunal Administrativo de Sucre se pronunció sobre cada uno de los procesos, en la siguiente forma:

Expediente 3830: Habiéndose demandado el acta de escrutinios municipales y no el acto por medio del cual se declara la elección de concejales del municipio de Corozal (art. 229 del C. C. A.), la demanda es inepta sustantivamente. Además suponiendo que se aceptara la procedencia de esta demanda, las pretensiones tampoco están llamadas a prosperar porque los supuestos de hecho en que se funda, no lograron probarse.

Expedientes Nos. 3822 y 3829: No existe duda, para la Corporación, que el señor Roger Oswaldo Paternina Flórez, era empleado oficial -especie del género "servidor público"- al tenor del art. 123 de la C. N., para la época en que se realizaron las elecciones y hasta el momento, pues no ha renunciado al cargo. Los docentes de tiempo completo al servicio de colegios oficiales son empleados del Estado o públicos, conforme lo dispone el art. 3º del Decreto 2277 de 1979, por lo cual el demandado se encontraba incurso en la inhabilidad prevista por el art. 83 C. R. M.

Además, mientras el legislador no reglamente las condiciones en que los empleados públicos pueden participar en actividades de carácter político, el art. 127 de la C. No. es inaplicable.

Por lo anterior, se debe declarar la nulidad de la elección del señor Roger Paternina Flórez, como concejal del municipio de Corozal.

Expediente No. 3821: No están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, pues, de acuerdo a las pruebas, el señor Eloy Rodrigo Alvarez Rivera no es el propietario del establecimiento mercantil, sino su administrador. Además, no se demostró en el proceso la fecha de inscripción del contrato alegado como motivo de nulidad, siendo este un aspecto primordial para establecer la inhabilidad invocada.

Con base en lo anterior, el Tribunal resolvió:

“1. Declárase la Ineptitud sustantiva de la demanda dentro del proceso No. 3830, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“2. Declárase la nulidad de la elección del Concejal del municipio de Corozal, en la persona del señor Roger Oswaldo Paternina Flórez, para el período 1992- 1994 y ordénese la cancelación de la credencial que se hubiere expedido en su nombre.

“3. Declárase elegido Concejal del municipio de Corozal, al señor William, Román Villadiego, cédula de ciudadanía número 9313439 de Corozal, quien aparece en el segundo renglón de lista del señor Roger Paternina Flórez y expedirle la correspondiente credencial que lo acredite como tal.

“4. Niéganse las restantes súplicas de todas las demandas acumuladas” (fls. 88 a 97, exp. 3822).

EL RECURSO DE APELACION

En el momento de la notificación personal, el apoderado del señor Roger Paternina Flórez expresó, en el momento de la notificación, que apelaba la sentencia en lo referente a los numerales 2 y 3 (fl. 97 vto. exp. 3822), manifestación que ratificó mediante memorial presentado el 23 de octubre de 1992 en la sentencia del Tribunal (fl. 98, Exp. No. 3822).

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E.), mediante concepto No. 26-93 solicita la confirmación de los numerales 2 y 3 de la sentencia pues está claramente demostrado que al momento de efectuarse las elecciones, el señor Paternina Flórez era inelegible, de acuerdo con lo previsto en el art. 83 del Código de Régimen Político y Municipal, sin que éste contraríe el art. 127 de la C. N. Por otra parte, el Tribunal actuó correctamente al llenar la vacante en el cargo de concejal.

SECCIONQUINTA

CONSIDERACIONES

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto por el art. 132-4, en concordancia con los arts. 131-2 y 265 del C. C. A. (fl. 17).

La Sala no tiene reparo alguno frente a las consideraciones expuestas por el *a quo* en relación con las demandas radicadas con los Nos. 3821 (cuyas pretensiones fueron denegadas) y 3830 (que no fue conocida de fondo por existir ineptitud sustantiva de la misma) por lo cual confirmará las decisiones correspondientes.

En las demandas presentadas por los señores Ramón Tirado Mercado y Juan José Vergara Vivero se solicitó la nulidad del acto declaratorio de elección del señor Roger Paternina Flórez, por considerar que este se encuentra inhabilitado, de acuerdo a lo previsto en el art. 83 del Decreto 1333 de 1986.

La norma invocada como quebrantada preceptúa que “los miembros del Concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal, se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados políticos.

“Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos (2) años anteriores a la elección, haya sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha hayan sido empleados oficiales...”

Con las pruebas aportadas en los expedientes, está demostrado plenamente que:

-Mediante Decreto No. 143 de 1985, el señor Roger Paternina Flórez fue incorporado a la planta de personal de la Gobernación de Sucre, como profesor Grado 7º (fl. 19, exp. No. 3829).

-Tomó posesión del cargo de profesor de tiempo completo del Colegio de Bachillerato Gabriel García Márquez, el día 20 de marzo de 1985 (fl. 31, exp. 3829).

-El señor Roger Oswaldo Paternina Flórez, de acuerdo a constancia expedida por el Jefe de la División de Asuntos Educativos del Departamento, a la fecha del 30 de marzo de 1992, todavía se encontraba vinculado al Magisterio, como profesor del Colegio Gabriel García Márquez (fl. 33, exp. No. 3829).

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha dicho, que todas las personas que prestan sus servicios personales al Estado Colombiano -Nación, entidades territoriales, entidades descentralizadas, Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, Rama Jurisdiccional y Legislativa-, a cambio de una remuneración, son empleados oficiales -género- y que ellos, según se encuentren colocados en situación contractual laboral o en situación estatutaria o reglamentaria, son empleados públicos, trabajadores oficiales o funcionarios de la seguridad -especies del género., que por utilizar la ley la expresión "empleados oficiales", comprende para efectos de la inhabilidad consagrada en el art. 83 del Decreto-ley 1333 de 1986, tanto a los trabajadores oficiales como a los funcionarios de la seguridad social y a los empleados públicos.

Esto implica que los docentes oficiales son empleados oficiales en la especie de empleados públicos. Si bien es cierto que pueden tener un régimen especial o diferente al común u ordinario de los demás empleados o funcionarios del Estado, no es menos cierto que esto no los excluye de la inhabilidad legal para poder ser elegidos concejales, consistente ella en el hecho de haber ejercido, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, un empleo o cargo en el sector público. En este caso, la inhabilidad es para todos los empleados públicos, sin excepción ya que la norma no la prevé:

Como el señor Paternina Flórez era docente, en el momento de la elección, lo cobija la citada inhabilidad.

Ahora bien, alega el demandado que el art. 83 de la C. R. M. viola el art. 127 de la Constitución Nacional.

La norma invocada es del siguiente tenor:

"Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. "A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

"Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley. "La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta".

SECCION QUINTA

Es claro que la anterior disposición establece para los servidores del Estado, una prohibición para contratar en los términos y condiciones señalados en ella (inc. 1º). Igualmente establece una prohibición de participar en las controversias y actividades políticas señaladas en la norma para los empleados del Estado (inc. 2) y la posibilidad de hacerlo en los términos y condiciones legales para quienes no están cobijados por la prohibición (inc. 3º).

La norma en estudio puede servir como principio general para establecer o suprimir inhabilidades al art. 127 de la C. N. admite que los servidores públicos participen en actividades y controversias políticas, pero es evidente que no consagró una autorización absoluta, pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales actividades a lo que señale la ley que para su reglamentación debe expedirse. El legislador es quien debe determinar en qué condiciones podrán participar los "empleados no contemplados en esta prohibición". Hasta que no se produzca la reglamentación, deben aplicarse las normas vigentes, en este caso el art. 83 del Decreto 1333 de 1986, que como ya se dijo, hace inelegibles como concejales a quienes hayan sido empleados oficiales dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.

En este orden de ideas, debe confirmarse el numeral 2 de la sentencia apelada.

En lo referente al num. 3 de la providencia, la Corporación reitera que además de suprimir la figura del suplente en las corporaciones públicas, el art. 261 de la Carta, señaló que las vacancias absolutas debían ser llenadas "...por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente. "Al respecto la Sala ha expresado claramente, en diversas oportunidades, en relación con los casos en los cuales los Tribunales deban ejecutar las sentencias (art. 248, inc. 2 del C. C. A.) que no es procedente decidir sobre la provisión de vacancias absolutas, por declaratoria de nulidad de una elección. En consecuencia, *el a quo* debió limitarse en su fallo a declarar la nulidad del acto demandado, sin disponer en la parte resolutive del mismo, que el cargo vigente debería ser llenado por el segundo de la lista inscrita. "Por esta razón habrá de modificarse el num. 3 de la parte resolutive de la sentencia recurrida, mediante el cual, el Tribunal Administrativo de Sucre, declaró elegido como concejal del municipio del Corozal al señor William Román Villadiego, puesto que tal señalamiento corresponde a autoridad diferente.

Como en el num. 4 de la providencia del Tribunal se ordena el archivo del expediente una vez ejecutoriada la decisión adoptada en la misma, es del caso, conforme a lo visto anteriormente, precisarse en la parte resolutive de la

presente sentencia, que el cumplimiento de tal orden debe estar precedido de las comunicaciones de la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso y de acuerdo parcialmente con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Revócase la decisión contenida en el num. 3 de la parte resolutive de la sentencia apelada y en su lugar, dése cumplimiento al art. 261 de la C. N.

2. Previo el cumplimiento de lo ordenado en el numeral 4 de la sentencia apelada, háganse las comunicaciones de ley.

3. Confírmase en lo demás la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Presidente de la Sala, *Amado Gutiérrez Velásquez, Mirén de La Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JUNTA DE FERIAS MUNICIPALES - Integrantes

Los sistemas por decreto y a través del voto de los asistentes, escogidos para conformar y elegir la junta organizadora y directiva de las ferias del municipio de Choachí, no le dan a sus integrantes el carácter equivalente al que confiere una designación oficial, por nombramiento o por elección, puesto que aquellos, bien pudieron responder, o no, al llamado del alcalde y quienes lo hicieron, contaban con libertad para conformar parte del grupo directivo, o abstenerse de hacerlo, tal fue el caso de la persona que declinó su postulación para ocupar el cargo de Presidente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Ref.: Expediente número 0888.

Apelación sentencia

Actor: Hernando Rodríguez Rodríguez.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fls. 250-253), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de octubre de 1992 (fls. 215-232), en atención a lo previsto por el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en su propio nombre (fls. 1-17), el abogado Hernando Rodríguez Rodríguez, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el acto declaratorio de la elección del señor Héctor Manuel Cotrino Guevara, como Alcalde Popular de la localidad de Choachí, Cundinamarca, para el período 1992 a 1994.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó la cancelación de la credencial que acredita al señor Cotrino Guevara, en su calidad de alcalde,

así como el cumplimiento de la sentencia, dentro de los términos previstos en el artículos 176 del C. C. A.

2. El actor considera que el señor Héctor Cotrino Guevara, estaba incurso en inhabilidad, por las siguientes razones:

Dentro del trimestre anterior a la fecha de su elección, ejerció funciones de administración, manejo y ordenación del gasto público en el municipio de Choachí y manejo de fondos municipales, lo cual conlleva al ejercicio de funciones eminentemente administrativas. Este cargo, deriva de los siguientes hechos:

En calidad de Presidente de la Junta de Ferias y Fiestas, XXIII Feria Exposición Agropecuaria y VI Reinado de la Simpatía de Choachí, el señor Cotrino Guevara celebró contratos que vincularon directamente al municipio y que se cumplieron y pagaron en Choachí, uno de los cuales se suscribió con la señora Nelly Calle, el 17 de diciembre de 1991, para ejecutarse en enero de 1992. Como consecuencia del referido convenio, por Resolución 016 del 5 de enero de 1992, el municipio pagó la suma de \$972.000.00.

Mediante Resolución 584 del 26 de diciembre de 1991, el candidato declarado electo, adoptó el presupuesto de rentas y gastos para la respectiva feria, vale decir que en enero de 1992, fue ordenador del gasto de dineros del municipio de Choachí; además; conforme a la citada Resolución, vinculó a los efectos del correspondiente presupuesto al municipio, en cuantía de \$20.509.563.24.

Mediante Decreto 002 de 1992, el citado candidato, posteriormente elegido alcalde, ordenó los gastos correspondientes a la referida feria o sea que, como ordenador, ejerció funciones sobre el gasto público. Dicho decreto, cumplió el proceso de revisión de un acto oficial, por la Autoría Fiscal Departamental.

Tanto por el Decreto 002 de 1992, como por la Resolución 584 de 1991, el elegido ejerció funciones de orden presupuestal del municipio mencionado, y de ordenador del gasto público, funciones eminentemente administrativas, al tenor de lo normado en los artículos 345, 209 y siguientes de la Carta; en la Ley 38 de 1989 y en el Decreto 1333 de 1986; en opinión del demandante, el ejercicio de tales funciones, permitió influencias a los electores, que es lo que pretende evitar la ley.

De los hechos referidos, dice el demandante, se establece que el candidato declarado alcalde, expidió actos administrativos que se ejecutaron

SECCION QUINTA

como tales y que en ese carácter, se surtió la revisión jurídica de la Contraloría Departamental, en términos de los artículos 267 y siguientes de la Constitución Nacional.

Mediante Resolución 001-A, del 3 de enero de 1992, el señor Héctor Cotrino Guevara, efectuó algunos traslados del orden presupuestal, correspondientes a los dineros públicos o fondos del municipio, destinados a la feria; ese traslado tiene como soporte la certificación de disponibilidad y no afectación que expidió el Tesoro Municipal, por \$450.000.00.

Como Presidente de la Junta de Ferias del Municipio, el señor Héctor Cotrina Guevara, ejerció influencia y autoridad política, que indiscutiblemente lo colocó en posición de ventaja frente a los restantes candidatos a la alcaldía.

Sostiene el actor, que circunstancias como el ejercicio del cargo, las funciones, los contratos celebrados, los actos administrativos expedidos, la potestad de disponibilidad y manejo de dineros públicos y en general la gestión cumplida por el candidato Héctor Manuel Cotrino Guevara, no puede constituir cosa distinta del ejercicio de un bien logrado poder político, que a su vez conllevó el ejercicio de funciones públicas.

Finalmente, el actor sostiene que el señor Cotrino Guevara, ejerció funciones de carácter administrativo, en su calidad de Gerente de Provincia del Departamento Administrativo de Planeación de Cundinamarca, según puede establecerse de los memorandos fechados el 8 de agosto y 31 de julio de 1991, este último, dirigido por el jefe de la oficina mencionada, a las gerencias de provincias.

3. Como disposiciones transgredidas, el actor citó el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 -subrogado por el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987- y el artículo 19 de la Ley 53 de 1990.

4. Por conducto de apoderado, el demandado contestó la demanda y manifestando que se oponía a sus pretensiones, se refirió en forma separada a los hechos, a los fundamentos y finalmente, solicitó la práctica de algunas pruebas (fls. 110-117).

LA SENTENCIA APELADA

Por decisión mayoritaria, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que seguidamente se resumen:

1. Para efectos de organización de sus ferias, el municipio de Choachí conformó una Junta, presidida por el señor Héctor Manuel Cotrino, acto del actual da cuenta el documento visible a folios 20 y siguientes del que también se desprende, que tal Junta es de carácter cívico y *ad honorem*, ya que en el proceso no se encuentra probado lo contrario.

Para el desarrollo de los preparativos y para la ejecución de las festividades, el municipio, al igual que lo hicieron el departamento y el comercio, destinó una partida, cuya ejecución corrió a cargo de la mencionada junta, y ésta, a través de su presidente, expidió el presupuesto de gastos. Posteriormente hubo traslados presupuestales y celebración de contratos y es sobre estas actuaciones que el actor fundamenta la infracción del artículo 1º de la Ley 49 de 1987.

Para que la inhabilidad previstas en la norma referida tenga ocurrencia, deben presentarse, concatenadamente, dos hechos a saber: ser funcionario y haber ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, dentro de los seis meses, anteriores a la elección de alcaldes y en el *sub judice*, la del señor Héctor Manuel Cotrino Guevara, se llevó a cabo el 10 de marzo de 1992.

Los hechos sobre los que se fundamenta la inhabilidad, tuvieron ocurrencia a partir del 10 de noviembre de 1991, cuando en cumplimiento del Decreto 073 de 1991, se eligió, en el Concejo Municipal de Choachí, la Junta de Ferias y Fiestas, designándose al señor Manuel Cotrino, como Presidente, sin que se hubiera hecho alusión alguna al pago de emolumentos, salarios u honorarios, por concepto de ejercicio de las actividades encomendadas.

El acceso a la función pública puede hacerse por elección, por nombramiento o por contrato, comprendiendo en éstas modalidades las especies de empleado público o trabajador oficial; es característica inherente al concepto de empleado oficial la asignación permanente de funciones públicas detalladas.

Ninguna de las condiciones referidas se presenta en este caso, toda vez, que las tareas encomendadas a la Junta de Ferias, eran ejercidas *ad honorem*, en la medida en que se desempeñaban con espíritu cívico; tales cargos, no están contemplados en la estructura de la planta de personal y por ende, tampoco existe ley o reglamento que detalle las funciones inherentes.

Finalmente, dice el Tribunal, las tareas encomendadas no son de carácter permanente sino ocasional, pues es la ley la que puede asignar —eventualmente— a un particular el ejercicio de funciones públicas.

SECCIONQUINTA

Concluye el *a quo* que la situación del señor Cotrino, no le dio la categoría de empleado oficial, para que se hubiera estudiado, si el respectivo cargo, se ubica en el concepto de funcionario público.

2. El fallador de primer grado, se refirió al funcionario de facto, señalando que esa noción está ligada a la de gobierno de facto, pero en la práctica también puede ocurrir que tal figura, se dé en condiciones de normalidad jurídica y para que ella se presente, son necesarios, los siguientes presupuestos: la existencia de función legal; el desempeño efectivo de la función pública, por persona que carece, o tiene una investidura irregular, por lo cual se entiende la toma de posesión del cargo; el desempeño acorde con la normatividad de la función pública y el desempeño de la función, sobre la presunción general y pacífica de quien la ejerce legítimamente.

La primera condición que establece la doctrina para el funcionario de facto, es la preexistencia legal del empleo, aspecto que no aparece en el *sub judice*, pues la municipalidad de Choachí, a través de su alcalde y del Concejo, se reunió para organizar las festividades, escogiendo entre otros, a quien posteriormente fue elegido alcalde, encomendándole funciones de carácter cívico, no contemplados legalmente, como para decir que las mismas, se asumieron sin, o mediante una investidura irregular; el juramento prestado en el acto de designación no puede asimilarse a la toma de posesión de un cargo público que no existe.

El hecho de que el artículo 5º del Decreto 073 del 24 de octubre de 1991, mediante el cual se conformó la Junta Organizadora de la XXIII Feria Exposición Agropecuaria, estableciera que, “para efectos del nombramiento de la Junta Directiva había quórum con el personal que asiste a la reunión previamente citada por la “Alcaldía”, no significa que ese acto creara un empleo público, pues en él no se dijo que formaría parte de planta de personal del municipio, tampoco se asignaron funciones permanentes, ni se estipuló que quienes lo desempeñaran recibirían salario o emolumentos, por la labor cívica que realizaran y así concluye que el primer requisito de que trata la norma, sobre la que el actor radica la inhabilidad, no encontró estructuración, por medio de las probanzas aportadas, razón por la cual, se abstuvo de analizar el concepto de autoridad política alegado en la demanda.

3. El segundo aspecto, por el que se radica la infracción a lo normado en la Ley 49 de 1987— artículo 1º— es el hecho de que dentro de los tres meses previos a su elección, el señor Héctor Manuel Cotrino se desempeñó como empleado oficial, en calidad de Gerente de Provincia, del Departamento Administrativo de Planeación de Cundinamarca.

Este cargo, dijo el *a quo*, tampoco está llamado a prosperar, por cuanto el documento público aportado a folio 180, demuestra que el señor Cotrino Guevara, se desvinculó de dicho empleo, antes de los tres meses de su elección como Alcalde.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

En salvamento de voto visible a folios 234 a 249, la señora Magistrada disidente encontró “formalista en exceso” la decisión mayoritaria y, refiriéndose a ella, expuso los motivos de desacuerdo que se sintetizan así:

1. Partiendo del acto de conformación de la Junta de Ferias y Fiestas Regionales y sobre todo del objeto que se destaca en la motivación del mismo (fl. 140), puede afirmarse, con certeza, que con su expedición se está haciendo efectivo no sólo el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos, que como carga establece el Estado, el artículo 70 de la Constitución Nacional sino, además, el principio consagrado en el inciso segundo de la misma norma.

Observa, que en la motivación del acto se citó el Decreto 1262 de 1990 y tratándose de una norma local, conforme al artículo 188 del C. de P. C., debió probarse en el proceso, por lo tanto, se abstuvo de analizarla.

2. Como la elección de la Junta Directiva de un evento que se ordenó realizar en fecha cierta, se llevó a cabo, bajo la formalidad prevista -acto de formación de la Junta- le pareció viable concluir que tanto el origen de la Junta, como el del Presidente de la misma eran de carácter legal.

3. Aún cuando no apareció demostrado que las funciones del Presidente de la Junta de la Feria en cuestión estuvieran consignadas en norma reglamentaria alguna, si está demostrado el acto solemne de su toma de posesión, realizado dentro del recinto del Concejo Municipal, el día 10 de noviembre de 1991 con imposición de juramento ante la primera autoridad del municipio, con lo cual, el ejercicio de las funciones dirigidas a cumplir un fin público quedó, en apariencia, legalizado.

4. En el expediente obran pruebas, documental y por confesión, en la contestación de la demanda, que demuestran la suscripción de un contrato de prestación de servicios, con la representante de las “Hermanas Calle”, convenio a cargo del presupuesto de las fiestas, que constituye una obligación a cargo del municipio.

SECCION QUINTA

5. Documentalmente también encontró probado, que el demandado expidió el presupuesto de la feria y dictó actos de ejecución del mismo, en orden a realizar la distribución de las apropiaciones y a ejecutar traslados presupuestales de algunos rubros.

6. Califica de extraña, la forma como se incorpora a unas festividades que carecen de personería jurídica y autonomía propia, una partida de recursos del municipio, por valor de \$11.000.000.00, al igual que de un auxilio departamental por valor de \$1.000.000.00.

De todas maneras, dice, es claro que los actos de expedición y de ejecución del presupuesto, tienen toda la apariencia de ser administrativos y tuvieron fuerza ejecutoria, en tanto contra esas partidas, se realizaron pagos por la Tesorería Municipal.

En virtud de la expedición de los actos mencionados, no hay duda del ejercicio de autoridad civil y política, así como de funciones públicas de facto, pues la obligatoriedad que ellas imponían tenía por fin, alcanzar metas de carácter general, constituidas, por la posibilidad de realizar las fiestas, dirigidas al logro en favor de la recreación y la cultura del pueblo.

El valor total del presupuesto del municipio de Choachí, para 365 días, asciende a \$403.321.841.37, lo cual significa que en sólo cuatro días, se dio la posibilidad de ejecutar gastos equivalentes al 5.09% del mismo; esos gastos, autorizados por el candidato que en las festividades se presentó como su máximo ejecutor, dicen de la ostensible ventaja que pudo sacar sobre sus contenedores, lo que hace que el principio consagrado en el artículo 2º del Código Electoral, resulte transgredido y se proyecte hacia la causal de nulidad prevista en el literal e) del artículo 5º de la Ley 49 de 1987 en razón de que, dentro de los seis meses anteriores a su elección y en la jurisdicción del municipio de Choachí, el demandado ejerció autoridad política en calidad de funcionario de facto.

EL RECURSO DE APELACION

La parte actora impugna la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues considera que sus planteamientos son contrarios a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que a su juicio es la contenida en la sentencia de Sala Plena de esta Corporación, calendada el 5 de febrero de 1973, reiterada el 30 de noviembre de 1981 y evolucionada en sede contencioso-electoral, cuando se sostuvo que no es necesario el desempeño de empleo público, para que puedan ejercerse funciones públicas.

Considera, que la interpretación del régimen de inhabilidades presentado en el salvamento de voto, se ajusta a la Constitución, a la ley y a la

jurisprudencia de esta Corporación. Igualmente prohija el criterio expuesto en el mismo, en relación con lo que es un funcionario de facto y cómo, en tal calidad, el señor Héctor Manuel Cotrino Guevara ejerció autoridad civil y política, durante el tiempo en el que se desempeñó como Presidente de la Junta de Ferias y Fiestas de Choachí.

En cuanto hace a las pruebas aportadas al proceso, el recurrente sostiene que la confesión contenida en el hecho 6 de la demanda, en relación con los contratos que celebró el señor Cotrino Guevara, tiene un efecto valorativo incuestionable que el Tribunal le negó.

Así mismo, asegura, las pruebas documentales son contestes, en relación con las funciones públicas desarrolladas por Héctor Manuel Cotrino.

En un todo de acuerdo con la sentencia recurrida, la Procuradora Delegada, solicitó la confirmación de la sentencia apelada (fls. 308-315).

CONSIDERACIONES

1. El actor estima que el acto demandado transgrede el artículo 1º de la Ley 49 de 1987, modificadorio del literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, que a la letra dice:

“Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

“...

“Dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Cualquiera de estas inhabilidades vicia a nulidad la elección correspondiente.

Artículo 1º de la Ley 49 de 1987:

“Adiciónase el artículo 5º de la Ley 78 de 1986 con los siguientes párrafos:

“Parágrafo primero. Para efectos de la aplicación del literal a) del presente artículo, no se encuentran inhabilitadas las personas que en la fecha de la elección de alcaldes tengan la investidura de diputados, consejeros intendenciales o comisariales o concejales, sean ellas principales o suplentes. Quien teniendo tal investidura resultare elegido alcalde perderá automáticamente aquella a partir de la fecha de su elección como alcalde.

SECCION QUINTA

“Parágrafo segundo. El numeral e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 quedará así:

“e) Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción, autoridad civil, política o militar o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se hayan desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.”

Tanto la magistrada disidente, como el recurrente, encuentran estructurada la primera causal de inhabilidad prevista en la disposición transcrita y al respecto opinan que el acto de creación de la “Junta Organizadora de la XIII Feria Exposición Agropecuaria y Sexto Reinado de la Simpatía Regional de Cundinamarca” -Decreto 073 de 1991- les confirió un carácter legal, tanto a éste como a su Presidente. A folios 140 a 142, obra copia del Decreto 073 de 1991, expedido por el Alcalde Especial de Choachí, en cuya parte considerativa invocó la autorización que la Gobernación de Cundinamarca imparte a los alcaldes, para la organización de los mencionados eventos; así mismo, citó el Decreto 1262 de 1980, por el cual —dijo— se delega en los burgomaestres la facultad referida.

El citado decreto, conformó y creó la Junta Organizadora y a su vez, dijo el día domingo 10 de noviembre de 1991, para la elección de la Junta Directiva de Ferias de Choachí, data en la cual, los asistentes, convocados por el alcalde, postularon y eligieron: presidente, vicepresidente, fiscales, secretaria y suplente de la misma, quedando así integrada la Junta mencionada.

Los sistemas por decreto y a través del voto de los asistentes, escogidos para confirmar y elegir la junta organizadora y directiva de las ferias del municipio de Choachí, no le dan a sus integrantes nombramiento o por elección, puesto que aquellos, bien pudieron responder, o no, al llamado del alcalde y quienes lo hicieron, contaban con la libertad para formar parte del grupo directivo, o abstenerse de hacerlo, tal fue el caso del señor Pastor Reyes, quien declinó su postulación para ocupar el cargo de Presidente. El juramento que prestaron los escogidos, como integrantes de la Junta, no pasó de ser una formalidad que en nada los comprometía con la administración local ni viceversa, así entonces, la única obligación contraída por ese grupo de personas, quedaba reducida a trabajar en pro de la realización de la Feria Municipal.

2. La señora magistrada disidente, en su salvamento de voto sostiene que fue el demandado quien expidió el presupuesto de ferias pero, según puede apreciarse en la copia de la Resolución 584 del 26 de diciembre de 1991 (fls. 146-148), fue la Junta directamente -ni siquiera a través de su Presidente- la que adoptó el presupuesto de rentas y gastos “para la XXIII Feria Exposición Agropecuaria y Sexto Reinado de la Simpatía” del municipio de Choachí; se afirma también en el salvamento, que el señor Cotrino Guevara, dictó actos de ejecución presupuestal y efectuó traslados; pero de las pruebas se deduce, como en el primer caso, que dichas actuaciones fueron realizadas por la Junta de Ferias, y de ello dan cuenta las Resoluciones 002 de 2 de enero (fls. 149-150) y 001 A del 3 de enero (fls. 152-153), ambas de 1992.

No resulta extraña la forma como se incorporó a las fiestas de Choachí la suma de \$11.000.000.00 ya que ella fue incluida en el presupuesto de rentas e ingresos para 1992, correspondiente a la misma localidad (fl. 53).

3. Pero aun cuando las resoluciones premencionadas hubieran sido dictadas por el Presidente de la Junta de Ferias de Choachí, ellas no constituyen, como se sostuvo en el salvamento de voto, actos administrativos, toda vez que carecen de algunos de los elementos esenciales para su existencia, entre ellos, la manifestación de voluntad de una autoridad administrativa, vinculada a un ente de derecho, con facultad para expedir el acto, ya que como se verá posteriormente, el cargo de Presidente de la Junta de Ferias, no le dio al entonces candidato Héctor Cotrino, calidad de funcionario de facto, ni lo investió de facultad alguna, para expedir actos administrativos, destinados a producir efectos en derecho, como pasa a explicarse:

Al referirse al funcionario de hecho, el tratadista Enrique Sayagüés Laso, lo señala como “la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario”.

Y agrega el Tratadista en referencia: “Esas situaciones puede originarse de muy distintas maneras. Procurando sistematizar las diversas hipótesis, cabe distinguir dos series de casos:

“a) En el período de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; elección anulada luego de asumir el cargo electo; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el

SECCIONQUINTA

ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

“En períodos normales muy rara vez se da el caso de una persona que ejerza funciones públicas sin título que lo habilite para ello;

“b) En épocas de anormalidad institucional producidas por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc. el panorama es distinto.

“ ...

“Pero tanto en una como en otra serie de casos para que pueda hablarse de funcionarios de hecho, es preciso que exista ejercicio efectivo de funciones públicas, como si realmente fuesen verdaderos funcionarios.

“ ...

“Requisitos esenciales. Para que se configure la hipótesis que da lugar al funcionario de hecho, se requieren determinadas circunstancias. Cuando se reúnen dichas condiciones existe lo que se ha denominado investidura plausible y, por tanto, cabe admitir que se está en presencia de funcionarios de hecho.

“En los regímenes de normalidad institucional las condiciones requeridas son:

“a) Que exista de jure el cargo y la función ejercida irregularmente;

b) Que el cargo ha de haberse ejercido en la misma forma como lo hubiere desempeñado una persona designada regularmente, de modo que, en opinión general, pudo creerse razonadamente que se trataba de un funcionario incorporado válidamente a la administración. Si los vicios de la designación fuesen tales que dicha creencia resultara forzosamente descartada, no se configuraría la situación de funcionario de hecho” (obra citada, pp. 300-302).

El criterio doctrinal referido fue analizado y recogido por esta Sala, en sentencia del 28 de abril de 1989, en la que fue ponente el Consejero, doctor Miguel González Rodríguez -Extractos de Jurisprudencia, abril, mayo y junio de 1989, pp. 549, 551- criterio que aplicado al caso a estudio, permite que si no existía, de jure, el cargo de Presidente de la Junta de Ferias y si tampoco existían funciones, que pudieran ser ejercidas irregularmente, en la misma forma y apariencia que las hubiera ejercido un funcionario legalmente designado, tampoco pudo existir un funcionario de facto que ejerciera autoridad civil, política o administrativa, luego, tal parece que para estructurar la figura del funcionario de facto, la Magistrada disidente, tuvo que recurrir a las creaciones hipotéticas de cargo y funciones de facto.

4. Es cierto que a folio 23 obra copia del contrato celebrado entre el señor Héctor Manuel Cotrino Guevara, en calidad de presidente de Ferias de Choachí y la señora Fabiola Calle, quien como representante del dueto musical denominado “Hermanas Calle” y los Ases del Recuerdo, se comprometió a prestar sus servicios profesionales al municipio de Choachí, para actuar durante 45 minutos, en el parque principal, el día 5 de enero. Por su parte, el contratante se obligaba a pagar a la contratista, la cantidad de \$972.000.00, suma que sería cancelada del Capítulo II, artículo 5º del presupuesto de ferias de 1992.

Sostiene el salvamento de voto que en el proceso aparece demostrada la suscripción de un contrato de prestación de servicios, con la representante de las Hermanas Calle, dicho convenio—dijo—era de cargo del presupuesto de las fiestas, constituyéndose así en una obligación a cargo del mismo municipio. Esta tesis, peregrina por demás, es inaceptable, por las siguientes razones:

El contrato mencionado no es de prestación de servicios, pues conforme al artículo 163 del Decreto 222 de 1983 (art. 273, Dec. 1333 de 1986), por esta clase de convenios, se entiende: “... el celebrado con personas naturales o jurídicas, para desarrollar actividades relacionadas con la atención de negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con el personal de la planta” y agrega el precepto referido: “Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de la planta de la entidad contratante.”

La copia del contrato aludido, visible a folio 23, pone de presente que el objeto del mismo era la presentación artística del dueto musical denominado “Hermanas Calle” y de los “Ases del Recuerdo”, presentación que debía llevarse a cabo un 5 de enero de no se sabe qué año durante 45 minutos, en el Parque Principal de Choachí.

Aun cuando con apariencia de verdad de perogrullo, es necesario precisar que no es función de las administraciones locales, mantener o vincular a su servicio, artistas y específicamente cantantes que como en este caso laborarían 45 minutos al año.

Ahora bien, el hecho constitutivo de inhabilidad para ser elegido alcalde, proviene de que el elegido hubiera celebrado, por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza “... *con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo*, que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio” (destacados fuera del

SECCION QUINTA

texto) y si bien es cierto que el señor Héctor Manuel Cotrino Guevara contrató, también lo es que no lo hizo con el municipio de Choachí, ni con entidad u organismo oficial alguno sino con la representante de algunos artistas; así las cosas, la ausencia del presupuesto mencionado, se opone a la configuración de la causal de inhabilidad aludida, sin que para el caso importe que el convenio en mención, se hubiere ejecutado en Choachí.

5. El actor sostuvo, que en su desempeño en la Gerencia Provincial del Departamento Administrativo de Planeación de Cundinamarca y dentro de los seis meses anteriores a su elección como Alcalde de Choachí, el señor Héctor Manuel Cotrino Guevara, ejerció funciones administrativas.

En primer lugar cabe advertir, que no es el ejercicio de la función administrativa como cree el actor, sino el de autoridad sea civil o política, el hecho que configura la inhabilidad para ser elegido alcalde que trae la norma invocada y ni una ni otra eran propias del cargo de técnico en planeación regional y urbana, clase III, que desempeñó el señor Cotrino Guevara, según puede apreciarse de la lista de labores específicas, que en tal calidad debía realizar, dado que ellas, sólo pueden corresponder a las de asesor o colaborador de un funcionario de nivel superior. Dichas funciones son: (fls. 181-182).

“1. Elaborar los diagnósticos y estudios sectoriales y regionales que le designe el Jefe de la División tendiente a identificar las necesidades y potencialidades del departamento y proponer los programas y proyectos necesarios para impulsar el desarrollo del departamento.

2. Realizar los estudios técnicos necesarios para evaluar y proponer estudios o modificaciones a los planes generales, sectoriales o regionales del departamento; que le correspondan por designación del Jefe de la División.

3. Preparar en conjunto con las secretarías, unidades ejecutoras y demás entidades los planes de los sectores a su cargo, formular y evaluar los proyectos de desarrollo, requeridos para la ejecución de tales planes.

4. Definir los planes, programas y proyectos de interés regional con posibilidad de ejecución por entidades nacionales, departamentales, municipales y demás organismos y establecer los mecanismos para su integración.

5. Participar en la elaboración de los instructivos que debe dar al Departamento de Planeación, a las dependencias y entidades del departamento, para la elaboración de planes, programas y proyectos, al igual que para su ejecución.

6. Evaluar las propuestas de desarrollo que surjan en los comités intersectoriales y/o interinstitucionales correspondientes y proponer la inclusión de nuevos proyectos o ajustes a los que se encuentren en ejecución.

7. Participar en el diseño de mecanismos de control que permitan evaluar el cumplimiento de los programas y proyectos por parte de cada una de las entidades encargadas de su ejecución.

8. Identificar y elaborar los estudios de evaluación técnica, socioeconómica y financiera de proyectos específicos de acuerdo con el Plan de Desarrollo de Cundinamarca.

9. Elaborar los estudios para determinar la conveniencia socioeconómica de la creación de municipios e inspecciones.

10. Cumplir las demás funciones que se le asigne en razón de su cargo.”

6. Finalmente y tal como lo observa el *a quo*, la constancia suscrita por la Jefe de la Oficina Administrativa del Departamento de Planeación de Cundinamarca (fl. 180), permite establecer que el señor Héctor Manuel Cotrino Guevara, se desempeñó como empleado oficial hasta el 21 de octubre de 1991, lo cual implica que se desvinculó del respectivo cargo, antes de los tres meses que precedieron su elección como Alcalde, el 8 de marzo de 1992, razón por la cual, el cargo no estaba llamado a prosperar.

Las consideraciones expuestas, conducen a concluir que los hechos sobre los que el actor fundamentó la pretensión de nulidad del acto demandado, no corresponden a los supuestos fácticos, previstos como causales de anulación en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986—tal como quedó subrogado por el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987—invocado como infringido; en consecuencia, la sentencia apelada habrá de ser confirmada.

Debe por último, dejarse en claro, en referencia a la alusión de la parte apelante a la aplicación al caso presente del fallo dictado por esta Sección el 26 de octubre de 1992 que, contrario a lo afirmado por el recurrente, las circunstancias de hecho y de derecho en cada negocio no son las mismas.

En efecto, en el fallo en mención se decidió sobre una demanda de anulación de la elección de un representante a la Cámara en la cual se estimó como infringido el artículo 179-3 de la C. N., mientras que en el presente caso se demanda la anulación de la elección de un alcalde y los cargos se fundamentan en disposiciones distintas de la antes citada, como se desprende del recuento hecho en otro aparte de esta providencia. En consecuencia y por

SECCION QUINTA

tratarse el presente de un contencioso de anulación, no es del caso realizar un estudio sobre la norma que no aparece invocada en la demanda que se resuelve en esta oportunidad, pues se saldría del marco de litis, como tampoco resulta procedente aplicar el fallo en cita por las mismas razones expuestas.

7. Estando el expediente al despacho, el señor apoderado del demandado, doctor Antonio Barrera Carbonell, presentó escrito manifestando que sustituía el poder a él conferido, en la persona del doctor Abelardo Barrera Martínez. Dicha sustitución será admitida, en razón de que cumple con la exigencia, que para tal efecto señala el artículo 68 del C. de P. C.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA:

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de octubre de 1992.

2. Dentro de los términos y para los efectos previstos en el escrito visible a folio 317, reconócese al doctor Abelardo Barrera Martínez, como apoderado del demandado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

*Amado Gutiérrez Velásquez, Mirén de la Lombana de Magyaroff,
Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL / AUTO ADMISORIO - Notificación

El artículo 150 del C. C. A. norma de carácter general, no tiene aplicación en las acciones públicas electorales cuando de notificar el auto admisorio de la demanda se trata porque para estas acciones existe norma especial que regula ese aspecto procesal, no sólo determinados los casos en que se debe disponer su notificación personal, sino el trámite a seguir cuando no fuere posible ésta, dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto, sin que de su contexto se desprenda, que la demanda de nulidad de un acto de elección popular, deba notificarse personalmente a la entidad electoral que la produjo para que ésta se entienda “convocada” como parte. Si no se trata de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada como en el presente caso, la notificación se hace por edicto, de manera general, conforme lo dispone el artículo 233, numeral del C. C. A., y la demanda se puede contestar dentro del término de fijación en lista que señala el numeral 4º de la misma disposición especial.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos / ACTO ADMINISTRATIVO - Individualización

El acta de escrutinio de la Comisión Escrutadora Municipal, por la cual se declaró electo alcalde, es el acto demandado y no ve fundamento alguno la Sala para decir que no está individualizado o que también ha debido demandarse el acta general de escrutinios.

ELECCIONES LOCALES / RESIDENCIA / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Si bien el trasteo de votos constituye una prohibición de carácter constitucional, puesto que en las votaciones que realicen para

SECCION QUINTA

elegir autoridades locales "sólo pueden participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio", la norma no determina una sanción para quienes violen su mandato, y si bien al expedirse la Ley 02 de 1992, la sanción establecida en el artículo 1º de la misma, por tratarse de una conducta típica, corresponde juzgarla a la jurisdicción Penal. El artículo 316 necesariamente deber ser reglamentado, para que así uno de los fundamentales propósitos del constituyente al expedirla, o sea, erradicar añejas prácticas políticas, no se vea frustrado por su inoperancia, máxime si se tiene en cuenta que la ante citada ley sólo tuvo aplicación en las elecciones del 8 de marzo de 1992, es decir, que el mandato constitucional que prohíbe el trasteo de votos para futuras elecciones, no tiene respaldo sancionatorio u por tanto, en la práctica se haría inoperante. La falta de su desarrollo legal, ha hecho inaplicable la norma frente a la legislación electoral vigente, además, el mandato imperativo que contiene no encaja dentro de ninguno de los casos de nulidad que de manera taxativa consagra el artículo 223 del C. C. A.

ALCALDE - Inhabilidades / AUTORIDAD CIVIL - Inexistencia / ASAMBLEA / SECRETARIO GENERAL

Ejercer autoridad civil el funcionario que tiene el poder de decidir y obligar a los ciudadanos en relación con las facultades que le ha conferido la ley en esa materia", facultades que no están atribuidas a quien ejerza el cargo de Secretario General de la Asamblea tal como se desprende de su reglamento interno.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0891.

Electoral Segunda Instancia.

Actores: Alejandro Quimbayo Orjuela y otro.

Desata la Sala, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el honorable Tribunal Administrativo del Tolima el 14 de octubre de 1992, mediante la cual, negó las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados.

ANTECEDENTES

Proceso número 01.

En ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Alejandro Quimbayo Orjuela, obrando en su propio nombre demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima la nulidad del acto expedido el 10 de marzo de 1992, por el que la Comisión Escrutadora Municipal, declaró electo al señor Germán Mesa Garzón, como alcalde del municipio de Armero, Guayabal, para el período 1992-1994 y como consecuencia de la declaración se decreta la cancelación de su credencial, la realización de un nuevo escrutinio y la elección del nuevo alcalde.

Refieren los hechos de la demanda, que en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, participaron los señores Alejandro Quimbayo Orjuela y Germán Mesa Garzón, como candidatos a la alcaldía del municipio de Armero, Guayabal, resultando elegido el segundo de los nombrados.

Según el actor, que era el otro aspirante, Mesa Garzón no obtuvo la mayoría de votos, por que la Comisión Escrutadora Municipal para hacer tal declaratoria, tuvo en cuenta de votos "espurios" depositados ante los Jurados de Votación, por personas trashumantes, no residentes en el prenombrado municipio, cuyo derecho al sufragio se hallaba restringido por mandato constitucional respecto a las elecciones de autoridades locales.

La irregularidad se registró en la Inspección de Policía de San Pedro Armero, Guayabal, donde en las mesas números 1, 2 y 3 sufragaron las personas que se identifican por sus nombres y número de cédula a folios 30 y siguientes, personas que en su mayoría, tienen por domicilio y residencia la Inspección de Policía de Patiburry municipio de Villahermosa, la Inspección de Policía de Frías municipio de Falán y su cabecera.

Por estas razones, estima el actor que las actas de escrutinio de los jurados de votación correspondientes a esas tres mesas son nulas por ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación y por tanto, el acta de elección demandada viola los artículos 316 de la C. N. artículos 1º numerales 1 y 4, 76 y 77 del C. E., 77 y 78 del C. C. 223 numeral 2º del C. C. A.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Oportunamente y a través de mandatario judicial, el señor Germán Mesa Garzón, en memorial que obra a folios 55 y siguientes, se opone a las pretensiones refiriéndose de manera expresa a cada uno de los hechos de la demanda y propone como excepción de la "Ineptitud Sustantiva de la Demanda", por cuanto según estima, siendo las entidades públicas parte en

SECCION QUINTA

todos los procesos Contencioso Administrativos que se adelanta contra ellos o contra los actos que expidan, la demanda debe notificarse personalmente a sus representantes legales, en este caso, a la Registraduría Nacional del Estado Civil que no fue convocada al proceso.

Proceso número 02.

El profesional del derecho Carlos Caballero Baena, actuando en nombre propio también ocurre ante el Contencioso Administrativo del Tolima en demanda de nulidad del acto de elección del señor Germán Mesa García, para el período 1992-1994.

Los cargos concretos que formula el actor pretendido desvirtuar la legalidad del acto, consisten en que:

a) Para las elecciones del 8 de mayo de 1992, el citado ciudadano no podía ser elegido alcalde de Armero, Guayabal, porque se hallaban inhabilitado dado que ejerció jurisdicción o autoridad civil, como funcionario, dentro de los seis (6) meses anteriores a esa junta Electoral, y

b) Haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la misma.

Las anteriores calidades se relacionan con el cargo de Secretario General de la Asamblea del Tolima, para el que fue elegido en sesión plena el 1 de octubre de 1991, fecha de su posesión para el período de un año.

La autoridad civil se hace derivar de las funciones mismas de su cargo, como la verificación del quórum, la firma de las actas de sesiones de la Corporación, publicar los resultados de las votaciones realizadas en las sesiones, refrendar con su firma los actos de la Corporación, la Mesa Directiva y la Comisión de la Mesa.

Respecto al Status de empleo público, considera el acto lo tuvo el demandado, hasta el 3 de febrero de 1982, fecha en que fue comunicada la suspensión provisional del acto administrativo por el cual, la Asamblea del Tolima lo eligió en el cargo de Secretario General.

Con normas violadas cita el artículo 5º literal e) de la Ley 78 de 1986, modificatorio por el artículo 1º párrafo 2º de la ley 49 y el artículo 228 del C. C. A.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por conducto de apoderado (fls. 66 y ss.), el Alcalde cuya elección se cuestiona, dio respuesta a los hechos oponiéndose a las pretensiones de la

demanda, expresando que ni ejerció autoridad civil dentro del término a que alude la demanda, ni tuvo la calidad de empleo público durante los tres (3) meses anteriores a su elección.

Formula excepción de “ineptitud sustantiva de la demanda”, bajo los mismos argumentos presentados en el proceso número 01., donde igualmente la propuso agregando que por tratarse de un acto “compuesto” aunque no complejo, ha debido demandarse, además del acta que declaró la elección, el acta “general del escrutinio”, debiéndose producir fallo inhibitorio ante tal omisión que es insubsanable y encaja dentro de las previsiones del artículo 138 del C. C. A. que trata sobre la individualización de las pretensiones.

PARTE IMPUGNANTE

En esta calidad comparece el ciudadano Luis Angel Martínez Sendoya, para en memorial visible a folio 75 coadyuvar en todo, el escrito de contestación a la demanda sin hacer otras consideraciones.

ACUMULACION

En auto del 14 de agosto de 1992, (fl. 66), proceso 01, se decretó la acumulación de los procesos.

ALEGACIONES

Las partes presentaron sendos memoriales de alegación (fl. 72 y ss.); ratificando sus respectivos puntos de vista expuestos en la demanda y su contestación.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Al examinar *el a quo*, en primer lugar, la excepción de Ineptitud sustantiva de la demanda, precisa: que el acta general de escrutinio, “simplemente contiene el resumen de todos los actos del escrutinio distrital o municipal atendiendo a los artículos 169 y 170 del Decreto 2241 de 1986...” y por tanto, no tenía por qué demandarse, o afirmar como lo hace el demandado, que por esa razón, “falta individualizar las pretensiones y en forma concreta el acto administrativo electoral demandado”, pues conforme al artículo 229 del C. C. A., esos requisitos se cumplieron, sin ninguna duda, en las dos demandas.

Y, en cuanto a que la Registraduría Nacional del Estado Civil ha debido ser “convocada” al proceso como parte, considera el Tribunal que, estas acciones tienen la particularidad de ir dirigidas al elegido o elegidos, sin que sea aplicable el artículo 150 del C. C. A., no siendo obligatorio vincular a esa entidad como contradictorio procesal. Desestima la excepción y entra al examen del fallo fondo.

SECCIONQUINTA

En este estudio referido al proceso número 1, parte de la base de que las causales de nulidad son taxativas, y aduce: “El legislador ordinario o extraordinario no ha consagrado la violación del artículo 316 de la Constitución Política de Colombia de 1991 como causal de nulidad electoral, ni se puede considerar que esta irregularidad haga el registro falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación, porque esto no falsea, altera ni va contra la existencia de la lista de ciudadanos inscritos y lista de sufragantes y registro de votantes, se sufragó de acuerdo con el censo electoral para las elecciones del 8 de mayo de 1992.”

Al considerar que el supuesto de hecho alegado como infractor de la norma constitucional, no encaja dentro de la causal 2ª del artículo 223 del C. C. A., pero sí se haya probado en relación con algunos de los votantes, dispuso que se compulsarán copias pertinentes del proceso, para que la autoridad penal competente investigue esas conductas, porque si bien, no configuran nulidad del acto demandado, sí incurre quien las acometa en sanciones dentro de ese campo, tal como lo dispuso el artículo 1º de la Ley 2 de 1992.

En lo que respecta a la violación del literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1º parágrafo 2º de la Ley 49 de 1987, de acuerdo con los cargos que se hacen en el proceso número 2, el *a quo* afirma estar probado que el demandado laboró en calidad de secretario general de la Asamblea del Tolima, desde el 1º de octubre del 20 de noviembre de 1992, de acuerdo con el oficio número 197 del 31 de julio de 1992 obrante a folio 84, suscrito por el secretario de esa Corporación y la certificación del Tesorero General del mismo departamento sobre los pagos que se le hicieron en razón de su cargo hasta esa fecha. Descarta como prueba del tiempo de servicio, la decisión sobre suspensión provisional del acto de elección del demandado como Secretario de la Asamblea comunicada el 3 de febrero de 1992, porque según su criterio, “esta clase de actuaciones judiciales no tienen la entidad certificadora ni allí se está diciendo hasta cuándo se laboró, que es competencia de los funcionarios administrativos encargados para tal fin...”.

Concretándose a las inhabilidades que según el actor, se dan en este caso frente al artículo 1º, parágrafo 2º de la Ley 49 de 1987, invoca el *a quo* jurisprudencia de esta Corporación sobre los conceptos jurídicos generales de jurisdicción y autoridad, para concluir que “ejerce autoridad civil el funcionario que tiene el poder de decidir y obligar a los ciudadanos en relación con las facultades que le han conferido la ley en esa materia...”.

Sobre la base de este criterio jurisprudencial infiere, que el cargo público ejercido por el demandado Germán Mesa Garzón en la Asamblea del Tolima,

de acuerdo con su reglamento interno y específicamente al artículo 33 de la Resolución 032 del 16 de agosto de 1991 por el cual se expidió y donde se determinan su “deberes”, “no es de aquellos de jurisdicción o autoridad civil...” pues si se leen detenidamente las funciones, no hay poder o potestad para tomar decisiones, ni mucho menos facultad de mandar, disponer, prohibir o sancionar a los ciudadanos.

En síntesis descarta que Mesa Garzón ejerció jurisdicción o autoridad civil dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como Alcalde de Armero, Guayabal.

Y en lo correspondiente a la inhabilidad de los tres (3) meses como empleado oficial, precisa que hay poco para decir, puesto que ella se daría si hubiera estado laborando el 8 de diciembre de 1991, como secretario general de la Asamblea, cargo del cual se desvinculó desde el 21 de noviembre del mismo año. Concluye entonces negando los medios exceptivos propuestos; las pretensiones de las demandas acumuladas y ordenando compulsar copias de lo pertinente para la investigación penal.

RECURSO DE APELACION

Contra la sentencia, el demandante Carlos Caballero Baena, interpuso en tiempo recurso de apelación, según memorial que obra a folio 105, sin que hubiera sido sustentado en el acto de su formulación o posteriormente en esta instancia.

CONCEPTO FISCAL

Con referencia al proceso distinguido bajo el número 1, la Procuradora Octava Delegada en lo contencioso administrativo, precisa en su concepto que, de una parte, los hechos alegados en la demanda no se probaron, porque “sólo se allegaron los formularios E-15 (Registro General de Votantes) y el E-3 que acredita la concurrencia de los votantes, sin acreditarse quienes concurren a inscribirse, o que hubieran sido facultados para sufragar en el municipio de Armero, Guayabal (Tolima), y que hubieran ejercido el derecho al voto”, y de otra, que esos supuestos fácticos no encajan en la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 223 del C. C. A., concepto que apoya en jurisprudencia de esta sección (fl. 111).

Y en lo que atañe al proceso número 2 precisa que, habiéndose cumplido la exigencia que hace el artículo 229 en relación con el acto que debe demandarse, o sea, el que declara la elección, la demanda no es inepta como lo afirma el demandado porque la acción se encamina a obtener la nulidad de ese acto.

SECCION QUINTA

Sobre los dos cargos que se hacen al acto demandado en este proceso, expresa: que si bien está demostrado tanto la elección del demandado como alcalde del municipio de Armero, Guayabal, para el período 1992-1994, y que éste desempeñó el cargo de Secretario General de la Asamblea General del Tolima desde el 1º de octubre al 20 de noviembre de 1991, las funciones que le correspondió ejercer conforme al reglamento interno de esa Corporación, “son simplemente las que ejerce un empleado público subalterno, sin ningún ejercicio de mandó o poder que se predica en la demanda”, y en cuanto al desempeño del mismo cargo como empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección, señala la agencia fiscal que desde el 20 de noviembre de 1991, fecha en que renunció del citado cargo, y el 8 de marzo de 1992, fecha de las elecciones transcurrió un lapso superior a los tres (3) meses. Solicita se confirme el fallo.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe observarse, que la excepción de ineptitud sustantiva de las demandas, que propuso el apoderado judicial del demandado en los dos procesos acumulados, tendientes a impedir pronunciamiento de fondo en relación con las pretensiones de ambos libelos, no está llamada a prosperar en esta instancia, por las mismas razones que la hicieron igualmente impropia en la primera, pero además, por las que seguidamente expresa la Sala:

Ciertamente, como se dice en la excepción, el artículo 150 del C. C. A. prescribe “Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos Contencioso Administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan...”.

Pero esta norma que es de carácter general, no tiene aplicación en las acciones públicas electorales cuando de notificar el auto admisorio de la demanda se trata, porque para estas acciones existe norma especial que regula ese aspecto procesal, no sólo determinando los casos en que se debe disponer su notificación personal, sino el trámite a seguir cuando no fuere posible ésta, dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición del auto, sin que de su contexto se desprenda, que la demanda de nulidad de un acto de elección popular, deba notificarse personalmente a la entidad electoral que la produjo para que esta se entienda “convocada” como parte.

Si no se trata de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada como en el presente caso, la notificación se hace por edicto, de manera general, conforme lo dispone el artículo 233, numeral 1º del C. C. A. y la demanda se puede contestar dentro del término de fijación en lista que señala el numeral 4º de la misma disposición especial.

Ahora, respecto al otro punto de la excepción, es suficientemente claro el artículo 229 del C. C. A., al prescribir que “para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos”.

El acta de escrutinio de la Comisión Escrutadora Municipal de Armero; Guayabal, del 10 de marzo de 1992, por la cual, se declaró electo al señor Germán Mesa Garzón como Alcalde de dicha localidad, es el acto demandado y no ve fundamento alguno la Sala para decir que no está individualizado o que también ha debido demandarse el acta general de escrutinios.

Desestimando la excepción, procede a estudiar los cargos que en cada uno de los procesos acumulados se formulan contra el acto impugnado, que al ser examinados en la sentencia en la sentencia que se revisa en virtud de apelación, no alcanzaron el propósito del actor, sino por el contrario la negación de sus pretensiones.

Proceso número 01.

Los hechos de la demanda confluyen a la formulación de un solo cargo; que en las votaciones del 8 de marzo de 1992 para alcalde municipal de Armero, Guayabal, en las mesas números 1, 2 y 3 de la Inspección de San Pedro de la misma Jurisdicción Territorial, sufragaron personas que no eran residentes en esa comprensión municipal, violando de manera ostensible el artículo 316 de la C. N., que prescribe: “En las votaciones que se realicen en la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio”.

Aduce el demandante, que las actas de los jurados de votación correspondientes a esas tres mesas, son nulas no sólo por ser falsas o apócrifas, sino también porque la mayoría de los votantes, por razón de estar residenciados en otro municipio carecían de derecho a votar o sufragar en la mencionada localidad. votación que así viciada fue computada por la Comisión Escrutadora Municipal declarando la elección del ciudadano Germán Mesa Garzón como Alcalde.

El *a quo* precisa, que la prohibición constitucional del artículo 316, no encaja en la causal de nulidad que invoca el actor y más bien, quien la infrinja, incurre en las sanciones legales a que se refiere el artículo 1º de la Ley 02 de 1992; sanciones que no pueden ser distintas de las punitivas contempladas en nuestra ley penal.

SECCION QUINTA

La representante del Ministerio Público es del mismo criterio, y ahondando un poco en el tema explica la inexistencia de la causal alegada transcribiendo jurisprudencia vigente de esta Corporación, sobre lo que debe entenderse por falsedad o apocricidad en el registro electoral o los elementos que hay an servido para su formación.

Ambos criterios son coincidentes con lo que al respecto ha venido sosteniendo la Sala, al examinar y pronunciarse sobre cargos similares. En efecto ha dicho, que si bien el trasteo de votos constituye una prohibición de carácter constitucional, puesto que en las votaciones que se realicen para elegir autoridades locales "sólo pueden participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio", la norma no determina una sanción para quienes violen su mandato, y si bien al expedirse la Ley 02 de 1992, la sanción establecida en el artículo 1º de la misma, por tratarse de una conducta típica, corresponde juzgarla a la Jurisdicción Penal.

De lo anterior se colige que el artículo 316 de la C. N., necesariamente debe ser reglamentado, para que así uno de los fundamentales propósitos del constituyente al expedirla, o sea, erradicar añejas prácticas políticas, no se vea frustrado por su inoperancia máxime si se tiene en cuenta que la antecitada ley sólo tuvo aplicación en las elecciones del 8 de marzo de 1992, es decir, que el mandato constitucional que prohíbe el trasteo de votos para futuras elecciones, no tiene respaldo sancionatorio y por tanto, en la práctica se haría inoperante.

Pero también debe observar la Sala, que la falta de su desarrollo legal, ha hecho inaplicable la norma frente a la legislación electoral vigente, basta reparar en las disposiciones sobre censos electorales, inscripción de cédulas y listas de sufragantes para confirmar el aserto; además, de que el mandato imperativo que contiene, no encaja dentro de ninguno de los casos de nulidad que de manera taxativa consagra el artículo 223 del C. C. A.

Ahora, si sobre la base de ese mandato pretende el actor deducir la existencia de la causal 2ª, alegando una supuesta falsedad o apocricidad de algunas actas de jurados de votación por haber computado votos así viciados, afectando el acto de elección, esa pretensión no esta llamada a prosperar no se dan los elementos que, según el criterio jurisprudencial de la Corporación bien citado por la Procuradora Delegada, a folio 112, estructura esas dos figuras jurídicas.

Por tanto se desestima el cargo.

Proceso número 02.

El cargo, parte de la base de que siendo el demandado Secretario General de la Asamblea del Tolima, ejerció autoridad civil dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como alcalde de Armero, Guayabal, y en función del mismo fue empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a dicha elección circunstancias previstas como inhabilidad para ser elegido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º párrafo segundo de la Ley 49 de 1987, norma que por tal motivo se considera violada y es el fundamento legal para la petición de nulidad del acto demandado.

Obran en el expediente, las pruebas (fls. 84, 85 y 86) que acreditan de manera suficiente, que el señor Germán Mesa Garzón, ejerció el cargo de Secretario General de la Asamblea del Tolima desde el 1º de octubre de 1991, hasta el 20 de noviembre del mismo año. Se trata del oficio número 197 del 31 de julio de 1992 suscrito por el Secretario de la citada Corporación y certificación expedida por el Tesorero Municipal sobre sueldos devengados y tiempo de servicios, enviados por el jefe de Sección de Registro y Control y jefe de Personal de la Gobernación del Tolima mediante oficio número 284 del 3 de agosto de 1992, en respuesta a prueba decretada de oficio por el *a quo* a folio 77.

Estos documentos sin lugar a duda tienen eficacia probatoria, porque además de obedecer a un decreto oficioso por parte del juez del conocimiento, no fueron tachados de falsos y demuestran claramente que el demandado estuvo vinculado a la Asamblea del Tolima hasta el 20 de noviembre de 1991.

Así las cosas, es evidente que el señor Mesa Garzón dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como Alcalde de Armero, Guayabal, ejerció empleo oficial en la condición antes expresada, pero ese ejercicio no comprende, de ninguna manera, el concepto de jurisdicción ya que ésta sólo la tienen los organismos encargados de administrar justicia dentro de las respectivas especialidades o ramas del derecho a través de sus funcionarios. Y en lo que respecta al ejercicio de autoridad civil, la Sala comparte el planteamiento del *a quo*, al citar jurisprudencia de esta Corporación (fl. 101) en la que se definen criterios jurídicos sobre los conceptos de jurisdicción y autoridad, para concluir, que “ejercen autoridad civil el funcionario que tienen el poder de decidir y obligar a los ciudadanos en relación con las facultades que le ha conferido la ley en esa materia”, facultades que no están atribuidas a quien ejerzan el cargo de secretario general de la Asamblea del Tolima, tal como se desprende de su reglamento interno contenido en la resolución 032 del 16 de agosto de 1991, específicamente del artículo 33 que señala los deberes de dicho funcionario, razones que conducen a la no prosperidad del cargo.

SECCIONQUINTA

Similar criterio se aplica en relación con el segundo cargo, porque al computar el tiempo desde el 8 de marzo de 1992 hacia atrás, el período de tres (3) meses que señala la norma termina el 8 de diciembre de 1991, y como ya se observó y está probado el demandado laboró en la Asamblea del Tolima hasta el 20 de noviembre de ese año, es decir, antes del tiempo que determina la inhabilidad. El fallo entonces deberá confirmarse, incluyendo la disposición sobre compulsación de copias para investigar posibles infracciones a la ley penal.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, —Sección Quinta—, de acuerdo con la Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confirmarse la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 14 de diciembre de 1992, en estos procesos acumulados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, y una vez en firme vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA - Requisitos / COPIA DEL ACTO

Por “defectos simplemente formales”, deben entenderse aquellas irregularidades en que se haya incurrido al confeccionar la demanda, es decir, aquellas que tengan que ver con los requisitos señalados en los artículos 137 y 138 del C.C.A, subrogado por el D.E. 2304 de 1989 artículo 24, y si se acompañó o no copia auténtica del acto acusado, pues este aspecto tiene que ver con lo sustancial o con el fondo del asunto materia del proceso, pues la falta de este documento tiene incidencia negativa sobre la pretensión, ya que impide pronunciamiento de fondo sobre la materia planteada. Sin dicha prueba no se tiene certeza sobre la elección recaída en el demandado y entonces no se podría anular una declaración de elección sobre la que no existe la prueba exigida legalmente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Ref.: Expediente número 0910.

Electoral Segunda Instancia.

Actor: Biviano Castellanos Vargas.

Procede del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, han llegado a esta Corporación, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992), por medio del cual se rechazó la demanda, estas diligencias originadas en la acción electoral ejercitada por Biviano Castellanos Vargas, contra la elección del señor Helí Galindo López, como personero del municipio de Boyacá, Boyacá.

SECCION QUINTA

ANTECEDENTES

Presentada la demanda por el interesado en septiembre 17 de 1992, el Tribunal mediante auto de octubre 13 de 1992 observó, que el demandante no había acompañado con el libelo copia del acta de la sesión del cabildo municipal en la que fue elegido el personero materia de la demanda, señalándole el término de cinco (5) días para hacerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 143 del C. C. A. (fl. 62).

El accionante, por medio de escrito presentado ante el Tribunal en octubre 22 de 1992, fecha en la que se cumplieron los cinco (5) días de plazo para aportar el documento, formuló una "corrección y adición de la demanda", y en ella manifestó que en forma verbal y escrita había solicitado tanto en la secretaría como en la presidencia del Concejo Municipal de Boyacá, copia auténtica del acta de las sesiones en la que fue elegido el actual personero municipal sin que hasta esa fecha se le hubiere dado respuesta, y para demostrar tal afirmación acompañó copia de un escrito fechado en octubre 21 de 1992 dirigido por el demandante a la secretaría del Concejo Municipal, en el cual consta la citada petición.

Como consecuencia de dicha situación, solicita en esa adición de la demanda al Tribunal, ordenara en forma previa a la admisión de la demanda una copia auténtica de la mencionada acta (fl. 64).

El Tribunal mediante auto de octubre 28 de 1992 y ante la no aportación al expediente en la oportunidad legal, por el interesado, del documento echado de menos, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 143 del C. C. A., la rechazó y dispuso devolverla con los anexos al interesado.

Contra esta decisión se interpuso el recurso que ahora se resuelve y, al sustentarlo el interesado, manifestó la imposibilidad que ha tenido para cumplir lo ordenado por el Tribunal, ante la negativa de la presidencia y la secretaría del Concejo Municipal de Boyacá para suministrarle copia del documento solicitado.

Dice que los jueces de la República no pueden aceptar ni cohonestar esa conducta ilegal de la administración y por ello reitera a esta Corporación la petición formulada al Tribunal, de ordenar la expedición de dicha copia antes de admitirse la demanda, la cual, dice el recurrente, tiene respaldo en la ley 167 de 1941 que permite que en la segunda instancia se puedan pedir pruebas sin restricciones, y en el artículo 214 numeral 3º del C. C. A., que autoriza se solicitan pruebas en la segunda instancia, 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.

En este caso, afirma el recurrente, no se ha podido aportar la prueba requerida, por obra de la parte contraria, es decir, el Concejo Municipal de Boyacá, entidad donde se originó el acto demandado.

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, en su concepto número 34, manifiesta estar de acuerdo con que a la demanda se le dé el trámite legal en consideración a que la naturaleza de la acción es popular y por ello, los formalismos de procedimiento son menos exigentes que en otra clase de demandas, por lo cual, el auto recurrido debe revocarse y solicitarse al Concejo Municipal de Boyacá la remisión de copia auténtica del documento referido, en forma previa a la admisión de la misma.

CONSIDERACIONES

El Tribunal le dio al demandante el término de cinco (5) días para aportar al expediente, la copia auténtica del acta contentiva de la sesión del 22 de agosto de 1992 en la cual, fue elegido el actual personero municipal de Boyacá, materia de esta demanda, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 143 del C. C. A., subrogado por el D. E. 2304 de 1989 artículo 26.

Debe observarse que esta norma en su inciso primero señala “No se admitirá la demanda que carezca de los *requisitos y formalidades* previstos en los artículos anteriores...” y en el segundo dice “No obstante lo anterior, ..., el ponente ..., expondrá *los defectos simplemente formales* para que el demandante los corrija en el plazo de cinco (5) días...” (destacados de la Sala).

Por “defectos simplemente formales”, debe entenderse aquellas irregularidades en que se haya incurrido al confeccionar la demanda, es decir, aquellas que tengan que ver con los requisitos señalados en los artículos 137 y 138 del C. C. A., subrogado por el D.E. 2304 de 1989 artículo 24, y no si se acompañó o no copia auténtica del acto acusado, pues este aspecto tiene que ver con lo sustancial o con el fondo del asunto materia del proceso, por la falta de este documento tiene incidencia negativa sobre la pretensión, ya que impide pronunciamiento de fondo sobre la materia planteada.

Lo anterior tiene validez, porque sin dicha prueba no se tiene certeza sobre la elección recaída en el demandado y entonces no se podría anular una declaración de elección sobre la que no existe la prueba exigida legalmente.

Al respecto Carlos Betancur Jaramillo en su obra “Derecho Procesal Administrativo, 3ª edición, 1992 en la página 400 dice: ‘Si el demandante no corrige su demanda dentro del lapso indicado o ésta no es susceptible de corrección porque sus defectos son sustanciales o de fondo...’”

SECCIONQUINTA

Por lo anotado, el Tribunal enfocó el aspecto estudiado conforme a la interpretación anterior, no estando por ello autorizado legalmente a concederle el término de los cinco (5) días señalados por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989 al actor, sino que ante la deficiencia de los anexos de la demanda, específicamente en el documento que se anotó, debió rechazarse la misma.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Confirmarse lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el auto de octubre 28 de 1992, por medio del cual se rechazó la demanda.

Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

No todas las irregularidades cometidas en el curso del proceso electoral, tienen fuerza suficiente para hacer viable la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, sino sólo aquellas que por disposición de la ley están erigidas en causales de nulidad, las que se encuentran consagradas en el artículo 223 del C. C. A., con las modificaciones a él introducidas por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0925.

Actor: Luis Alfonso Castellanos Rodríguez.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de fecha 22 de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en nombre propio, el señor Luis Alfonso Castellanos Rodríguez en demanda oportunamente corregida, solicitó del Tribunal Administrativo del Huila la nulidad "... del escrutinio celebrado en Colombia el día martes 10 del corriente mes de marzo de 1992; en lo tocante a la elección de la Concejala Beatriz Castro; distinguida en el Tarjetón con el número 12.

Y en su defecto anulado tal escrutinio se declare en firme los resultados del día ocho (8) de marzo del corriente año de 1992; donde fui declarado ganador sobre la citada señora Castro por cuatro votos.

SECCION QUINTA

Al mismo tiempo entonces que el fallo declare nula la credencial que se le ha expedido a la señora Beatriz; y se me otorgue como ganador en franca lid" (fl. 1).

Como fundamentos de hecho aduce que el 8 de marzo de 1992 fue declarado ganador de la curul de Concejal del municipio de Colombia, Huila, pero en los escrutinios realizados el 10 de los mismos mes y año, se advierte una alteración, ya que "... en el *escrutinio inicial* o sea el del día ocho (8) de marzo fueron bien contabilizados los votos en blanco y ya el día martes diez (10) de marzo, algunos de estos votos en blanco aparecieron a nombre de la señora Beatriz Castro" (fl. 6).

Alega el demandante que se han violado los artículos 225 del C. C. A. y 256 del Código Penal, y que acude a la jurisdicción contencioso administrativa conforme a lo preceptuado por el artículo 227 del C. C. A.

Dentro de la oportunidad legal el apoderado de la demandada contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones y planteó dos excepciones: la genérica porque al no estar demostrados los hechos denegarse las peticiones formuladas por el actor. Y de inepta demanda porque ni se solicitó la nulidad de la declaratoria de elección de la señora Beatriz Castro sino el escrutinio celebrado en el municipio de Colombia el 10 de marzo de 1992, ni se indicó cuál era la parte demandada.

En cuanto a las normas violadas y el concepto de la violación, sostuvo que el accionante invoca el artículo 225 del C. C. A. que fue derogado, y el artículo 227 del mismo estatuto que establece la acción popular pero no las causales de nulidad de los actos de elección.

Señala que de conformidad con el acta de escrutinio municipal efectuada el 10 de marzo de 1992, se hizo un recuento de los votos depositados en las mesas de votación del municipio de Colombia, dando un resultado favorable a Beatriz Castro Rodríguez quien, en consecuencia, fue declarada elegida Concejal de dicho municipio para el período 1992-1994.

LA SENTENCIA APELADA

En cuanto a la excepción de inepta demanda consideró el *a quo*, por una parte, que no obstante presentar dicha demanda fallas en su técnica, se advierte con claridad que la pretensión del demandante es que se anule la elección de la señora Beatriz Castro y, de otra parte, que siendo ésta una acción pública, aun cuando una persona resulte afectada, no puede afirmarse que haya parte demandada. Que en el presente caso, la persona supuestamen-

te afectada con el fallo es la señora Beatriz Castro a quien se vinculó al proceso corriéndole traslado de la demanda.

En cuanto al fondo del asunto debatido estimó que los hechos en que se sustenta la demanda no se demostraron en forma alguna, ya que no se estableció si el señor Alexander Castro actuó como jurado de votación, ni se comprobó su parentesco con la elegida y, por tal razón, denegó las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

El señor Luis Antonio Castellanos Rodríguez, interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*. Admite que el ocho (8) de marzo se efectuaron los escrutinios de mesa y que también es cierto que los votos son contados cautelosamente por todos y cada uno de los integrantes del jurado. Pregunta por qué aparecieron unos votos en blanco sin la firma del jurado, por qué el día de los escrutinios aparecieron entre los paquetes de votos en blanco tarjetones marcados en favor de la candidata Beatriz Castro y por qué no variaron los resultados de los demás candidatos al Concejo sino únicamente el número 11 correspondiente a Alfonso Castellanos en forma descendente y el número 12 perteneciente a Beatriz Castro en forma ascendente.

Anota que en formulación de alegatos expuso que se investigue por qué el señor Alexander Castro hacía el papel de delegado el día de los escrutinios. Solicita se obre con prontitud ya que el mencionado señor Castro es primo hermano de la elegida y de la misma filiación política. Dice que "... Queda claro el punto donde está el fraude electoral..." (fl. 94) y que hay muchos testigos como Gabriel Rodríguez, Leonidas Tovar y otros residentes en el casco urbano.

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso manifiesta estar de acuerdo con la decisión del *a quo*.

En cuanto a las excepciones estimó: respecto de la genérica que se desatará al estudiarse el proceso por tener fundamento en la demostración o no de los hechos alegados; y por lo que hace a la de inepta demanda no puede prosperar, pues en consideración a la naturaleza pública de la acción electoral se ha venido aceptando cierta flexibilidad en su confección y la jurisprudencia aconseja interpretar la demanda de manera que de ella se puede inferir la pretensión, la acusación, el acto acusado y la persona afectada.

SECCIONQUINTA

Sobre el fondo del asunto expresó que deben despacharse desfavorablemente las peticiones, por cuanto del análisis de las disposiciones citadas como violadas, una de las cuales, el artículo 225 del C. C. A., fue derogado, no es posible predicar que en ellas se haya establecido causal alguna de nulidad de los actos de elección, consagradas taxativamente en el artículo 223 del C. C. A. y porque el actor no allegó ninguna prueba tendiente a demostrar los hechos que alega, por lo que el cargo no es de recibo.

CONSIDERACIONES

Siendo competente el Consejo de Estado por medio de esta Sección Quinta para conocer en segunda instancia del presente asunto, puesto que la cuantía del presupuesto municipal de Colombia, Huila, para la vigencia fiscal de 1992 ascendía a la suma de \$264.750.000, conforme a la certificación del Contralor General del departamento visible al folio 38 del expediente se procede por vía de apelación, al examen de la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila que decidió desfavorablemente las peticiones formuladas en la demanda.

La Sala está de acuerdo con el Tribunal de instancia en lo referente a la no prosperidad de la excepción de inepta demanda que propuso el apoderado judicial de Beatriz Castro aduciendo que no se demandó el acto declaratorio de la elección. En efecto el artículo 229 del C. C. A. establece que "... para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara..."

En el *sub lite*, al solicitar el actor la nulidad del escrutinio del 10 de marzo de 1992 en lo tocante a la elección de la Concejal Beatriz Castro, está pidiendo precisamente la declaratoria de nulidad parcial del acto que la declaró elegida, no ofreciendo duda alguna la demanda por este aspecto.

En cuanto al otro punto de la excepción consistente en la falta de indicación de la parte demandada, observa la Sala que la demanda se dirige contra la declaratoria de elección de la Concejal Beatriz Castro, por manera que no hay ineptitud de la demanda en cuanto a este aspecto se refiere.

Y respecto a la excepción genérica propuesta por el mismo apoderado de la demandada con fundamento en que al no estar demostrados los hechos deben negarse las pretensiones de la demanda, no amerita examen distinto del que sustenta la decisión de fondo que procede a hacerse a continuación.

Pretende el demandante la nulidad del acto declaratorio de la elección de la señora Beatriz Castro Rodríguez como Concejal del municipio de Colombia

para el período 1992-1994 en razón a que al efectuarse, el 10 de marzo de 1992, el escrutinio general en dicho municipio, inexplicablemente intervino para hacer el conteo de votos el señor **Alexánder Castro**, primo hermano de la elegida y de su misma filiación política, resultando ganadora la mencionada ciudadana luego de que le aparecieron algunos votos a su favor, con perjuicio para el actor quien, según los escrutinios iniciales del 8 de marzo anterior, fue declarado ganador de la curul de concejal por cuatro votos sobre la señora **Beatriz Castro**.

Esta Corporación, en forma constante, ha venido diciendo que no todas las irregularidades cometidas en el curso del proceso electoral, tienen fuerza suficiente para hacer viable la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, sino sólo aquellas que por disposición de la ley están erigidas en causales de nulidad, las que se encuentran consagradas en el artículo 223 del C. C. A. con las modificaciones a él introducidas por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988 en los siguientes términos:

“1º. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

2º. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3º. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

4º. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República.

5º. Cuando se computen votos a favor de los candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

6º. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio, sino los votos del candidato o los candidatos, en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición.”

De la lectura del libelo demandatorio y su corrección se observa, en primer lugar, que el actor invoca el artículo 225 del C. C. A. como fundamento

SECCIONQUINTA

de sus pretensiones. Sobre esta norma debe señalar la Sala que fue derogada expresamente por el artículo 73 de la Ley 96 de 1985; y, en segundo lugar, que los motivos de nulidad previstos en el artículo 223 del C. C. A. no fueron predicados ni señalados por el libelista, circunstancia que imposibilita su estudio y consideración. No obstante lo anterior, es pertinente advertir que los hechos denunciados ni siquiera constituyen simples irregularidades, por las siguientes razones:

1ª. Porque la actuación cumplida por la Comisión Escrutadora Municipal al hacer el escrutinio de votos emitidos el día 8 de marzo anterior, procediendo a abrir uno a uno los sobres contentivos de los pliegos para dar lectura a las actas de los jurados de votación (formularios E-17) y dejar las constancias necesarias, es función que le atribuye la ley, más concretamente el artículo 163 del Código Electoral, subrogado por el artículo 11 de la Ley 62 de 1988, de manera que los escrutadores estaban en la obligación de proceder como procedieron, sobre la base de los pliegos de las mesas correspondientes.

2ª. Porque el Acta General de Escrutinio es documento público y desvirtuar su autenticidad es misión que corresponde al actor y no al juzgador; y como en el caso presente no existe demostración en contra de su autenticidad, la afirmación de que se alteraron los resultados iniciales consignados en las mesas de votación no tiene sustento alguno.

En cuanto al punto de la nulidad del escrutinio general del municipio de Colombia, en lo tocante a la elección de Beatriz Castro como Concejal por haber intervenido en el conteo de votos el señor Alexander Castro, su primo hermano y de la misma filiación política a decir del actor, aunque se hubiera comprobado dicho parentesco, cuya demostración correspondía al actor y no al Tribunal de instancia como lo sugiere equivocadamente el apelante, nada aportaría al caso dado que se ignora cuál pudo ser la participación del señor Castro durante el escrutinio general de los votos emitidos en esa localidad, pues en el Acta correspondiente de fecha 10 de marzo de 1992 no se le menciona y allí sólo consta que actuaron como miembros de la Comisión Escrutadora los señores Rodrigo Hernández Fierro, Jorge Trujillo y Tiberio Anacona González, quienes firman la correspondiente acta (fls. 181 21).

Por tanto, como no se ha probado lo que asegura el demandante hay que razonar conforme a las hipótesis legales y a la naturaleza de las cosas y concluir que no se puede llegar, por simples aseveraciones, a invalidar el acto de elección acusado.

Con respecto a la invocación del artículo 256 del Código Penal que hace el actor en el escrito de corrección de su demanda, cuya aplicación escapa a

la jurisdicción contencioso-administrativa, el actor cuenta con los medios y procedimientos legales para acudir ante la jurisdicción penal ordinaria, si considera infringida alguna norma de esta naturaleza.

La Sala debe, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada denegatoria de las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 22 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Huila, materia de apelación.

En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número 0915.

Actor: Hernán Moreno Massey.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto oportunamente, por el apoderado de la parte actora (fl. 257), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 19 de octubre de 1992 (fls. 249-256).

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública electoral y por conducto de apoderado, el ciudadano Hernán Moreno Massey, demandó del Tribunal Administrativo de Nariño, la nulidad de la elección del señor Tito Iván Barrera Ortega, como Alcalde Popular de la localidad de Santiago (Putumayo). Así mismo, solicitó la realización de nuevo escrutinio y la comunicación de la decisión respectiva a las autoridades competentes.

2. Ajuicio del demandante, el acto impugnado está viciado de nulidad por las siguientes razones:

2.1 El señor Tito Iván Barrera Ortega se desempeñaba como profesor de matemáticas, en el Colegio nocturno ciudad Santiago, según se desprende de la solicitud de licencia que presentara al Secretario de Educación de Putumayo, el 9 de septiembre de 1992.

El término de la licencia, abarcaba desde la fecha de su presentación hasta el 9 de diciembre siguiente, pero como la solicitud de su concesión no desvinculaba al solicitante de la administración pública ni lo sustrafía de la categoría de empleado oficial, estas mismas circunstancias lo hacían incurso en la causal de inhabilidad consagrada en la Ley 49 de 1987, que adicionó el numeral e) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986.

2.2 Además de la inhabilidad señalada, también se configuró la causal de nulidad prevista en el artículo 223-1 del C.C.A., en razón de que después de verificado el escrutinio por el jurado de votación aparecieron, no se sabe porqué maniobras, regados los tarjetones destinados a las mesas de votación de ese municipio.

3. La demanda que corregida y una vez admitida se notificó al alcalde elegido del respectivo auto, quien a su vez presentó las correspondientes contestaciones (fls. 26-30 y 101-102).

4. Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 y siguientes del C.C.A., el Tribunal Administrativo de Nariño, dictó sentencia adversa a las pretensiones de la demanda, fundamento en su decisión en las razones que seguidamente se resumen:

LA SENTENCIA RECURRIDA EN APELACION

1. El demandante afirma, que con fecha 9 de septiembre de 1991, en señor Tito Iván Barrera Ortega solicitó, por el término de tres meses, una licencia que vencería el 9 de diciembre del mismo año, pero no investigó que el 11 de septiembre de 1991, el mencionado Barrera Ortega también presentó renuncia irrevocable de la orden de prestación de servicios de la Secretaría de Educación del Putumayo, lo que implica que no hubo suscripción de contrato, hecho que se establece de las constancias que obran a folio 31. Lo que ocurrió, dice el *a quo*, es que la licencia no se hizo efectiva, porque durante el término que comprenda a la misma, se presentó la renuncia; afirma además que el actor tenía que haber probado que para el 4 de febrero de 1992, fecha de inscripción de la candidatura el señor Tito Iván Barrera se encontraba prestando sus servicios o lo que es igual tenía la calidad de empleado público, así fuera mediante contrato, y como esta condición no fue establecida tampoco lo estaba la inhabilidad alegada.

2. El Tribunal encontró demostrado que algunos tarjetones fueron olvidados por los jurados de la mesa número 1, ubicada en la localidad de Santiago, pero al serles reclamados por el Registrador Municipal, los propios jurados, recuperaron unos cuantos, pues al parecer, otras personas ya habían tomado los demás tarjetones, dentro de los cuales debían estar los que se anexaron a la demanda, situación que lo único que prueba es el descuido de los jurados y que los referidos tarjetones no fueron utilizados para realizar fraudes o alguna maniobra indebida, en relación con los votos válidos, éstos sí contabilizados por el jurado e introducidos en las urnas también encontró demostrado que no se hizo reclamo alguno ni en el momento ni después de realizado el escrutinio el 10 de marzo de 1992 y de ello da cuenta la respectiva acta de escrutinio.

SECCION QUINTA

De la declaración rendida por el Registrador del municipio de Santiago y por los señores Mariano Jaramillo y Anselmo Moreno, se evidencian los siguientes hechos: que no hubo fraude ni mezcla de votos y en consecuencia, el abandono de los tarjetones no influyó, en el resultado electoral que los jurados cumplieron con su deber de escrutar y llenar los formularios de resultados y que contra éstos no hubo reclamos ni objeciones; que los testigos electorales acreditados por los candidatos o grupos políticos presenciaron el conteo de sufragios y que en los escrutinios realizados por la comisión respectiva, tampoco se presentaron reclamaciones ni impugnaciones de ninguna clase.

Aun cuando el recurrente no expresó las razones de su discrepancia con la sentencia que impugna, la Sala entiende que ellas se refieren y abarcan las decisiones que le fueron adversas a sus pretensiones y con esa referencia proceder a resolver la alzada.

En concepto visible a folios 282 a 288, el señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E.), solicita la confirmación de la sentencia apelada, pues en su sentir, la prueba aportada al proceso no demuestra que el demandado se desempeñara como empleado oficial, ni que el abandono de los tarjetones influyera en el resultado electoral.

CONSIDERACIONES

1. La parte pertinente de la primera de las disposiciones que el actor estima agraviada con el acto impugnado reza:

-Ley 78 de 1986-

Artículo 5. Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

e).....

-Ley 49 de 1987-

Parágrafo segundo: El numeral e) del artículo 5 de la Ley 78 de 1986, quedará así:

e).....dentro de los *tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial...* se resalta).

Se dice en la demanda que el hecho constitutivo del motivo de nulidad previsto en la disposición transcrita se estructura en este caso, porque al momento de su elección como Alcalde Popular de Santiago, el señor Tito

Barrera Ortega, se encontraba inhabilitado en razón de que se desempeñaba como docente en el Colegio Ciudad de Santiago, hecho que el actor considera demostrado con la solicitud de licencia suscrita por el mencionado Barrera Ortega.

Es de advertir, en primer lugar, que la solicitud de una licencia por sí sola no constituye prueba idónea para demostrar la vinculación oficial de una persona y menos aún, el ejercicio de actividades docentes en instituciones de carácter público. En el caso *sub lite*, de la escasa prueba documental allegada al proceso se destaca la copia al carbón del oficio suscrito por el Secretario de Educación del Putumayo (fl. 31), mediante el cual informa a la Personera Municipal de Mocoa que con fecha 12 de agosto de 1991 la oficina a su cargo comunicó al señor Tito Barrera la prestación de sus servicios como profesor del Colegio Nocturno Ciudad Santiago a partir del 1 de septiembre de 1991 y hasta el 30 de junio de 1992, también da cuenta que una vez notificado, el docente solicitó a la misma Secretaría la concesión de una licencia cuya copia obra al folio 14, en la que expresa que como Docente Temporal por diez meses Soluciones Educativas área Matemáticas del Colegio Nocturno Ciudad Santiago, solicita una licencia no remunerada por 90 días, a partir del 9 de septiembre de 1991 y hasta el 9 de diciembre del mismo año.

La prueba documental en referencia también pone de manifiesto que el 11 de septiembre de 1991, es decir dos días después de solicitada la licencia, el señor Tito Barrera presentó renuncia irrevocable a la orden de prestación de servicios ante la Secretaría de Educación y en consecuencia, el contrato — objeto de la orden— no se legalizó, razón por la cual en el archivo de la Secretaría de Educación mencionada no existen copias que acrediten la vinculación del señor Tito Barrera ya que él no prestó sus servicios como docente en el Colegio Ciudad Santiago desde el día 9 de septiembre de 1991.

Tal aseveración de la Secretaría de Educación del Putumayo sobre no vinculación al servicio docente del departamento del señor Tito Iván Barrera Ortega, está corroborada con la constancia expedida por el Rector del Centro de Enseñanza Diversificada Distrital, CEID, Almirante Padilla, mediante la cual acredita que el profesor Barrera Ortega laboró en esa institución ubicada en Santafé de Bogotá, D. C., desde el 24 de marzo de 1989, hasta el 30 de noviembre de 1991, por vinculación temporal de la Secretaría de Educación, sin determinar explícitamente si dicha vinculación fue estatutaria o contractual. Tal parece que hubiera sido lo último por la constancia que se dejó en el documento en relación a que en el año 1992 no firmó contrato.

SECCION QUINTA

En este último evento, el docente no tenía necesidad de haber presentado renuncia a la orden de prestación de servicios pues su no renovación por vencimiento del contrato, lo separaba automáticamente del cargo.

Corolario obligado de la prueba allegada es que si el señor Tito Iván Barrera Ortega no se desempeñó como docente oficial dentro de los tres meses que precedieron la fecha de su elección, es evidente que tampoco estaba incurso en la causal de nulidad señalada en la demanda prevista en el artículo 5- e) de la Ley 78 de 1986, tal como quedó, modificada por el Parágrafo segundo, artículo 1 de la Ley 49 de 1987.

2. En opinión del actor, también se transgredió con el acto impugnado el artículo 2231 del C.C.A. cuyo tenor literal es el siguiente:

...Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

A juicio del actor, el hecho constitutivo de la causal de nulidad señalada en la norma transcrita, se estructuró en este caso, en razón a que después de realizado el escrutinio, ...aparecieron las papeletas o tarjetones destinados a las mesas de votación de ese municipio, regadas, cuando las sobrantes, si es que la hay, deben ser devueltas al funcionario competente para no provocar enredos en el recuento de votos....posteriormente, al corregir su demanda el actor sostuvo que la manipulación fue de tal notoriedad, que a varios ciudadanos se les presionó para que recibieran tarjetones ya marcados en las sedes políticas y como ejemplo cita el caso de los electores Anselmo Moreno Pazmio y Mariano Jaramillo.

Para demostrar este hecho, se allegaron al proceso algunos testimonios y entre ellos el del Registrador Municipal de Santiago señor Mauricio Cadena (fls. 132-136), que ilustra sobre la forma como se adelantó el proceso electoral en ese municipio. En Efecto, manifiesta el testigo que entre los documentos que él personalmente entregó a los jurados de votación estaban dos sobres de colores amarillo y blanco, el primero dirigido a los claveros y el segundo destinado a depositar los tarjetones sobrantes o dañados. Después de finiquitar el escrutinio, el jurado asignado a la mesa 1, entregó en la Registraduría únicamente el sobre dirigido a claveros, contentivo de los documentos electorales, omitiendo el sobre destinado a los tarjetones sobrantes y dañados y que al ser requeridos por el funcionario mencionado los

miembros del jurado manifestaron haberlo dejado olvidado en el lugar en el que función la mesa.

La declaración referida explica la razón por la que algunos tarjetones aparecieron en poder de varias personas y pudieron ser presentados como anexos de la demanda lo que a su vez conduce a concluir que no existió ni la manipulación de tarjetones ni la presión a los electores de que habla la corrección de demanda, y en relación con este último aspecto, los testimonios rendidos por los supuestos afectados, señores Mariano Jaramillo (fl. 131) y Anselmo Moreno Pazmio (fl. 132) lejos de demostrar, como lo asegura el actor, que fueron presionados para recibir tarjetones ya marcados en las sedes políticas, indican el primero de los nombrados que, ni siquiera sufragó, en razón de que su documento de identidad, no se había inscrito en Santiago y el segundo de ellos fue enfático en manifestar que nunca le dijeron por quién debía votar.

Tal parece, que el jurado de la mesa número 1 dedicó su atención a los documentos electorales válidos puesto que en relación con ellos no hubo reclamación alguna ni ante el jurado ni ante la comisión escrutadora, según puede observarse en el acta general cuya copia obra a folios 7 y 8, sin embargo, ello no disculpa la incuria con la que manejaron los tarjetones que pudieron resultar dañados o sobrar en esa mesa, pero como este descuido, según quedó demostrado no afectó el proceso de escrutinio ni el resultado electoral, resulta un hecho inocuo incapaz de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto impugnado.

No sobra anotar que la condición taxativa que caracteriza a las causales de nulidad prevista en el artículo 223 del C.C.A. impiden su aplicación analógica o extensiva a hechos o irregularidades diferentes de las señaladas en la disposición mencionada; luego, la circunstancia de que los jurados de votación olvidaran entregar a la Registraduría de la localidad de Santiago (Putumayo) los tarjetones sobrantes y dañados, no puede tenerse en cuenta para decretarse la nulidad demandada por el actor, toda vez que la disposición sobre la que fundamentó su petición —artículo 223-1 C.C.A.— contempla un motivo diferente consistente en el hecho en *mezclar* con otras las papeletas, o para el caso, los tarjetones de votación.

Sin que sea necesario consideración adicional y en mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, todo el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

SECCIONQUINTA

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 19 de octubre de 1992.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL

La existencia clara y expresa de una inhabilidad legal para ser concejal, de quien hubiere sido empleado oficial dentro de los seis meses anteriores a la elección, circunstancia que fue plenamente demostrada en relación con el demandante, pues no sólo ejerció el cargo de docente durante el término de seis meses a que se refieren las normas. sino que estaba en desempeño de él cuando la elección de concejal se produjo, la cual lo inhabilita para ocupar tal curul.

CONCEJAL / REGIMEN DE INHABILIDADES / DEROGATORIA DOCTRINARIA - Improcedencia

Derogar por vía de doctrina, las inhabilidades consagradas en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por el solo hecho de haberse autorizado la intervención en política de algunos empleados públicos, bajo los parámetros legales de una regulación aún no expedida, no es un argumento jurídico aceptable, máxime si, como lo prescriben los artículos 293 y 312 de la Constitución Nacional, es a la ley y no al juzgador a quien corresponde determinar las inhabilidades de los Concejales y de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. Es claro que el régimen de prohibiciones y de inhabilidades corresponde a dos instituciones jurídicas distintas, que por estar reguladas en normas constitucionales deferentes, deben tener también alcances y aplicaciones diversas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 29 de 1993.

Consejero Ponente; Dr. Miguel Viana Patiño.

Ref.: Expediente número 0929.

Actor: Jairo Edelberto Cuervo Rodríguez.

SECCIONQUINTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría 23 en lo judicial, contra la sentencia del 1 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES:

El abogado Jairo Edelberto Cuervo Rodríguez, en ejercicio de la acción pública electoral, demandó ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander la nulidad de acto administrativo mediante el cual fueron elegidos los Concejales del Municipio de Sardinata, particularmente el señor Luis Helí Molina Arias, cabeza de lista del Movimiento Cívico Educativo. Solicitó igualmente se le cancele la credencial y se llame a ocupar su curul al segundo renglón de lista por l encabezada.

Pide, así mismo, se suspenda provisionalmente el actó impugnado.

Sostiene que el señor Molina Arias por tener la calidad de docente al servicio del departamento desde el 27 de junio de 1975 y estar laborando en la Escuela Urbana Integrada del Municipio de Sardinata (Norte de Santander) se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal de dicho municipio por ser empleado oficial, conforme a lo preceptuado en los artículos 83 y 84 del Código de Régimen Municipal en concordancia con el artículo 34 de la Ley 11 de 1986, que prohíbe la elección como concejal de quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección se hayan desempeñado como empleados oficiales en cualquier nivel.

El Tribunal, en auto del 24 de abril de 1992, inadmitió la demanda y concedió al actor un plazo de 5 días para aportar la certificación sobre el monto del presupuesto correspondiente a la vigencia fiscal de ese mismo año (fl. 9-10).

Dentro del término fijado por el Tribunal se aportó la prueba señalada por la Corporación; se agregó un nuevo numeral, el 6, en el que se transcribió el artículo 3 del Decreto-ley número 2277 de 1979 Estatuto Docente; en el capítulo correspondiente a las "Disposiciones violadas y concepto de la violación se indicaron como infringidos los artículos 83 del Decreto 1333 de 1986, 54 de la ley 11 de 1986 y 1 de la Ley 45 de 1989; y en el referente a la suspensión provisional se solicitó la práctica de dos pruebas dirigidas a acreditar la calidad de docente del demandado. Así mismo, se corrigieron los fundamentos de derecho en la siguiente forma:

Invocó los artículos 238 de la Constitución Nacional, artículo 84 y 152 del C.C.A., artículos 83 y 90 C.R.M. artículo 1 Ley 45 de 1989, Ley 167 de 1941, artículo 3 Decreto-ley número 2277 de 1975.

En providencia del 27 de mayo de 1992 el *a quo* aceptó la demanda, negando la suspensión provisional.

El colaborador fiscal del Tribunal conceptuó que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido como Concejal de Sardinata y no consideró que fuera jurídicamente viable, establecer por la vía jurisdiccional excepciones que la Constitución ha deferido a la ley.

EL FALLO APELADO

En sentencia del 1o. de octubre de 1992, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, denegó las súplicas de la demanda basando su decisión en el artículo 127 de la C. N., norma que en su entender fijó como principio general permitir la intervención en política de los servidores públicos, y derogó, por otra parte, la legislación que sobre la materia se había expedido en vigencia de la Constitución de 1986.

Considera que la única restricción que tienen los docentes para actuar en política es la del proselitismo político en el momento de impartir la cátedra sinque (sic) por fuera de esta específica restricción (sic) dicho Estatuto haga referencia a cualquiera otra conducta.

En cuanto a la referencia del demandante sobre la transgresión del artículo 83 del C. de R. M., estima el *a quo* que la inhabilitación allí contemplada fue derogada por el artículo 127 de la C. N., por contrariar ostensiblemente su texto y que la posibilidad de ser elegido es un derecho político de aplicación inmediata consagrado en el artículo 40 de la Carta en concordancia con el 85 *ibidem*.

ACLARACION Y SALVAMENTO DE VOTO

En relación con el anterior fallo aclaró el voto la Magistrada María Josefina Ibarra Rodríguez apartándose del criterio de la Corte Constitucional (T. 438 julio/92), acogido por el Tribunal, de que la posibilidad de intervenir en política era también permitida para los docentes durante la vigencia de la Constitución de 1986.

Salvo el voto el Magistrado Jorge E. Rivera Prado, quien considera que el inciso 3 del Decreto 127 de la C. N. no tiene efecto directo e inmediato pues requiere como complemento la expedición de la ley que lo reglamente, por lo que es ilógico considerarlo de un lado, incompatible con el artículo 83 del

SECCION QUINTA

Decreto 1333 de 1986; y de otro, estimarlo como derogatoria de este último dado que existe compatibilidad entre los dos.

Basado en lo anterior y, en la prueba documental existente no compartió el fallo de la mayoría.

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El Ministerio Público solicita revocar el fallo apelado, pues considera probada la causal de inhabilidad en cabeza del elegido Concejal de Sardinata Luis Helí Molina Arias. Y en cuanto a la aplicación del inciso 3º del artículo 127 de la C. N. estima necesario la expedición de la ley reglamentaria correspondiente. Mientras tanto el régimen de inhabilidades de los concejales deberá regirse por el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 como medida legal, justa y conveniente para la organización política citada en la sentencia.

CONSIDERACIONES:

Antes de proceder al estudio de fondo del proceso es pertinente hacer un breve comentario en torno al procedimiento un tanto inadecuado que el *a quo* utilizó respecto de la aplicación del inciso 2 del artículo 143 del C.C.A., subrogado por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989, en cuanto dispuso, dentro de la providencia de fecha 24 de abril de 1992 que concedió un plazo de 5 días al actor para subsanar la irregularidad anotada, inadmitir la demanda, cuando lo jurídicamente viable hubiera sido señalar los defectos formales detectados para que el demandante, enterado de ellos por la vía de la notificación, procediera a su corrección dentro del plazo legal fijado y, vencido éste, el Tribunal admitiera o rechazara la demanda.

Lo anterior debe ser, en criterio de la Sala, el resultado obvio de una correcta interpretación de la norma en comento, la que en su parte final determina como corolario obligado de la no corrección, el rechazo de la demanda con las consecuencias jurídicas que tal decisión conlleva, decisión que conforme al inciso final del artículo citado, corresponde a la Sala y no al ponente, a quien sí compete proferir la providencia para la corrección de los defectos de forma.

Para la Sala no es procedente inadmitir la demanda simultáneamente con la orden de corrección de la misma por defectos de forma, pues lo primero deviene como consecuencia de la omisión de lo segundo, está condicionado al incumplimiento hace viable la admisión, y por consiguiente es una decisión que debe tomarse *a posteriori*, superado el plazo legal fijado para la subsanación de los defectos.

Pero esta falta de tecnicismo procedimental, es pertinente anotarlo, no puede considerarse como un vicio procesal que afecte en materia grave el trámite de la acción pública electoral y los resultados de la misma, por lo que es procedente entrar al análisis del fondo del asunto en la siguiente forma:

1. Conforme a la prueba recaudada se halla establecido plenamente que el señor Luis Helí Molina Arias, ejerció desde el 27 de junio de 1975, el cargo de docente al servicio del departamento y que a la fecha de expedición de la constancia de la Secretaría de Educación de Norte de Santander calendarada en 31 de marzo de 1992, se encontraba laborando en la Escuela Urbana Integrada del municipio de Sardinata (fl. 4).

2. Que investido de la condición de empleado oficial de régimen especial, el docente Luis Helí Molina Arias, fue elegido el 8 de marzo de 1992 como Concejal del Municipio de Sardinata, Norte de Santander, para el período constitucional 1992-1994, por el movimiento Cívico Educativo que él encabezaba.

3. Que el 11 de marzo de 1992, la Comisión Escrutadora Municipal lo declaró formalmente elegido en el cargo para el cual se postuló.

Sobre estos presupuestos fácticos e invocando los artículos 83 del Decreto 1333 de 1986, 54 de la Ley 11 de 1986 y 1 de la Ley 45 de 1989 el actor demandó la nulidad de la elección de Luis Helí Molina Arias como Concejal de Sardinata.

Las precitadas normas son del siguiente tenor:

Artículo 83 Decreto 1333 de 1986:

Los miembros del concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público.

Artículo 54 Ley 11 de 1986:

Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los

SECCION QUINTA

condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público.

Artículo 1 Ley 45 de 1989:

No podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la misma fecha de elección hayan sido empleados oficiales.

Parágrafo. Para efectos de esta prohibición, los Senadores, Representantes, Diputados y Concejales no son empleados oficiales.

Claramente se deduce del texto de las disposiciones transcritas la existencia clara y expresa de una inhabilidad legal para ser concejal, de quien hubiere sido empleado oficial dentro de los seis meses anteriores a la elección, circunstancia que fue plenamente demostrada en relación con el demandante, pues no sólo ejerció el cargo de docente durante el término de seis meses a que se refieren las normas, sino que estaba en desempeño de él cuando la elección de concejal se produjo, la cual lo inhabilita para ocupar tal curul.

No comparte la Sala las apreciaciones del *a quo*, en cuanto pretende deducir del artículo 127 de la Constitución Nacional la derogatoria tácita del artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 por posible incompatibilidad con la norma constitucional precitada. Tal deducción no consulta ni el tenor literal de su texto, ni el espíritu que inspiró su expedición.

El precepto constitucional comentado, conservando parte de los lineamientos diseñados en la reforma plebiscitaria del 1o. de diciembre de 1957, consagró la prohibición para los empleados con jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o que se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control; y autorizó la posibilidad de hacerlo a los demás empleados bajo las condiciones que la ley señalara.

No creó inhabilidad alguna por este motivo, ni derogó las existentes que impiden el acceso a las corporaciones públicas. Su naturaleza prohibitiva que deviene necesariamente por efectos de su transgresión a la imposición de sanciones, bien de orden penal o disciplinario, fue corroborada por el inciso final del artículo 127 de la Constitución Nacional, al erigir como causal de mala conducta la utilización del empleo, cualquiera que éste sea, por ejercerse

presión sobre los ciudadanos para obtener respaldo a una causa o una campaña política.

Pretender pues, como lo plantea el *a quo*, derogar por vía de doctrina, las inhabilidades consagradas en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por el solo hecho de haberse autorizado la intervención en política de algunos empleados públicos, bajo los parámetros legales de una regulación aun no expedida, no es un argumento jurídico aceptable, máxime si, como lo prescriben los artículos 293 y 312 de la Constitución Nacional, es a la ley y no al juzgador a quien corresponde determinar las inhabilidades de los concejales y de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.

Por lo anteriormente anotado es claro que el régimen de prohibiciones y de inhabilidades corresponde a dos instituciones jurídicas distintas, que por estar reguladas en normas constitucionales diferentes, deben tener también alcances y aplicaciones diversas.

En sentido similar al aquí expuesto el Consejo de Estado en sentencia de octubre 29 de 1992. Actor Roberto Jiménez Carmona. Expediente 0785. Consejero Ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez ha expresado lo siguiente:...en lo que atañe a la vigencia inmediata, sin necesidad de ley reglamentaria de lo previsto en el artículo 127, inciso tercero, de la Carta Constitucional, resta observar que esta Sala ha compartido lo que al respecto sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, o sea, que mientras no se expida la ley que señale las condiciones para que ciertos empleados oficiales puedan participar en actividades y controversias políticas, no cabe tener como aplicable la citada excepción.

Esmás: también ha sostenido y aquí lo reitera, que es impertinente invocar el precitado inciso del artículo 127 de la Constitución en casos como el que se examina, por cuanto esa norma versa con la prohibición (sic) de intervenir en política que se excepciona en favor de algunos empleados oficiales, ...en las condiciones que señale la ley en tanto que lo atañerero con las calidades e inhabilidades para ser concejal, que es materia diferente, lo prevé el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, norma que no cabe estimar derogada tácitamente por la nueva Constitución, en razón a que ésta, de modo armónico con esa norma, dispone en su artículo 312 que corresponde a la ley determinar las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales.

Por lo expuesto y conforme a las pruebas aportadas, resulta evidente que el docente Luis Helí Molina Arias en el momento de su elección como Concejal

SECCION QUINTA

del Municipio de Sardinata, Norte de Santander, para el período constitucional 1992-1994, se halla incurso en la inhabilidad establecida en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por haberse desempeñado como empleado oficial al servicio del departamento durante los seis meses anteriores a su elección, habida consideración, por otra parte, a que los educadores que presenta sus servicios en las entidades oficiales el orden nacional, departamental y municipal tienen tal calidad. Por consiguiente se impone la revocatoria de la sentencia apelada.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, todo el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia de fecha 1 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

2. Declárase nulo el acto por medio del cual se declaró la elección del señor Luis Helí Molina Arias como Concejal del Municipio de Sardinata, Departamento Norte de Santander, para el período constitucional 1992-1994.

3. Cancélese la credencial que acredita al señor Luis Helí Molina Arias como Concejal del citado municipio.

4. Para que se dé cumplimiento al artículo 261 de la Constitución Política comuníquese esta decisión al Presidente del Concejo Municipal de Sardinata y al Registrador Municipal del Estado Civil, de la misma localidad.

5. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
RELATORIA
INDICE DE ACTORES
PRIMER TRIMESTRE DE 1993

Segunda Parte

	Págs.
Abdiel Edgardo Hernández Solarte	1172
Abelardo Cortés Cortés	998
Alberto Cabrera Delgado y otros	269
Absalón Gartner Tobón	911
Alberto Ruiz Martínez	1155
Alejandro Quimbayo Orjeula y otro	1622
Alfonso Spath Spath y otro	90
Alfredo Rincón López y otro	261
Alvaro Arango Mejía y José Joaquín Bernal Ardila	783
Amparo Montes Guahuña	1030
Ana Delia Bohórquez Martínez	37
Angel Matínez Sendoya	1521
Antioqueña de Automotores y Repuestos S. A.	870
	1659

	Págs.
Antonio Heráclito Maya Copete	1414-1423-1470
Aseguradora Grancolombiana S. A.	642
Augusto Acosta Blanco	1080
Auraluz y Cía. Ltda.	904
Banco de Bogotá S.A.	719
Benjamín Calle Carrascal	1122
Biviano Castellanos Vargas	1633
Cahn-Speyer Paret y Cía.	595
Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero	615
Caracol Televisión S.A.	845
Carlos Caballero Baena	1186
Carlos Eleázar López Castro	1115
Carlos Luis Dávila Rosas y otros	1479
Carmen E. Samur de Samur y otros	125
Cervecería Aguila S. A.	559-566
César Riscos Morán	1195
Comercial de Resistencias Ltda.	851
Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza	604
Concarro S. A.	709
Construcciones Metropolis S. A.	689
Corporación Financiera de Boyacá S.A.	676
Corporación Social de Ahorro y Vivienda, Colmena	574
D'Yamil Antonio Bedoya Córdoba	1101
Denis Mejía Varela y otro	23
Derian Antonio Galvis Bedoya	1132
Diego Francisco López Vernaza	295

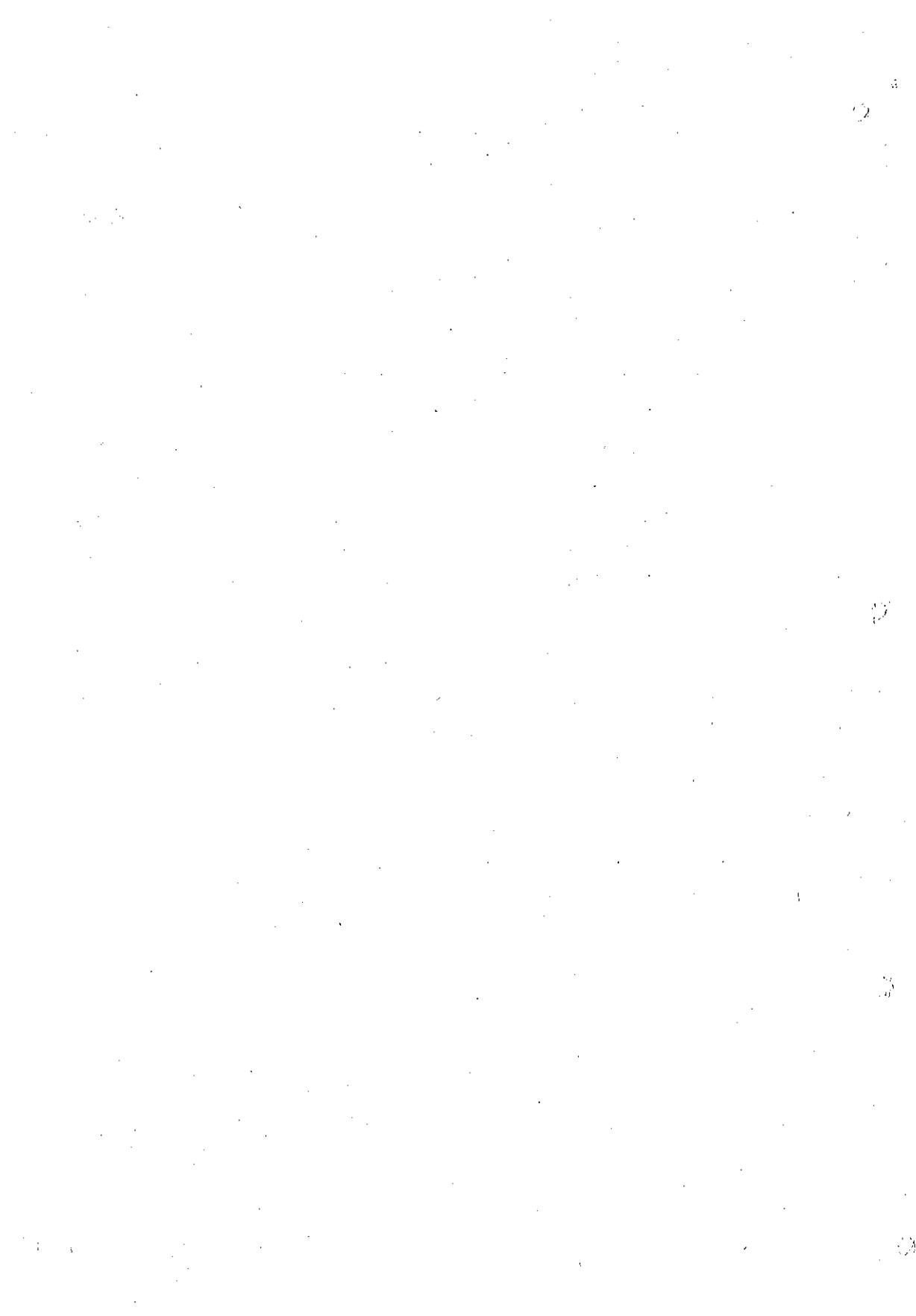
	Págs.
Eduardo Bayona y Cía. S. C. A.	1382
Efraín Marmolejo Benítez y otro	1549
Elmer Ramiro Silva y otros	1213
Enrique Villarreal Sarasty y otro	1404
Exxon de Colombia S. A.	956
Fábrica Slaconía Ltda.	930-948
Fanny Díaz Arias	1039
Federación Nacional de Cafeteros de Colombia	790-826-828-832
Felisa Cano de Gómez	189
Félix Eduardo Martínez Ramírez	1244
Fernando Bernal Larrota	1260
Ferney Celis López y otros	1183-1248-1387
Flora Inés Almeida Bolívar	432
Francisco Jiménez Peña	1370
Gabriel Enrique Solano Rivera	1334
Georgina González de Valdés y otros	143
Gerardo Alfonso Figueroa Bermúdez	1006
Germán Cavelier y Diego Mauricio Bejarano Daza	622
Gladys Pérez de Espinosa	1093
Gloria Amparo Sandoval Mesa	1543
Héctor Julio Gómez Cuéllar	1354
Héctor Augusto Hernández Bethez	1046
Héctor Perdomo Gutiérrez	769-773
Henry Téllez Toro	332
Hernán Moreno Massey	1644
Hernando Rodríguez Rodríguez	1200-1606

	Págs.
Hernando Londoño y Asociados S. en C.	727
Hernando Bolívar Barros	1023
Hildebrando Ortiz Lozano	1438
Hotel San Diego S. A.	737
Humberto Paredes Benítez	1065
Ignacio Cifuentes Gutiérrez y otros	1287
Incora	269
Industrias e Inversiones Samper S. A.	862
Inter-Socotel	81
Isidoro Arévalo Buitrago	878
Jaime Ballesteros Acuña y otros	1560
Jairo Arbeláez Arias	1071-1078
Jairo Edelberto Cuervo Rodríguez	1651
Jesús Vallejo Mejía	392
Jesús María Soto Vásquez	1532
John Jaime Sarasty	1146
José Jesús Laverde Ospina	1418
José Antonio Ortiz	113
Juan Jacobo Cotes Parodi	685
Juan Manuel Aguirre Castrillón y otro	471
Julio Iles y otra	325
Julio César González Contreras	1429
La Previsora S. A. Compañía de Seguros	587
Lázaro Rafael Esquivia Guzmán	1176
Libardo Mayorga Tobar y otros	517
Ligia Sarmiento de Peña	660

	Págs.
Luis Felipe Daza Martínez y otro	152
Luis Guillermo Nieto Roa	918
Luis Alfonso Castellanos Rodríguez	1637
Luis Gonzalo Vargas Santos	1238
Luis Angel Martínez Sendoya	1251
Luzdari Sepúlveda Roda y otro	164
Mabel Poveda de Patiño	523
Marcial de Jesús Montero	1598
Marco Aurelio Cabezas	672
María Lucía Cortés Quiñones	1579
María Rosalba Arbeláez de Rivera	11
María Elena Enciso de Ramírez	478
María Clara Amador Preciado	702
María Abigail Montoya Arenas y otros	463
María Prisca Cantillo Peña y otros	30
Mariela Mesa López y otros	398
Martha Luz Anderson Escamilla	950
Martha Cecilia Forero Galán C.	763
Maximiliana Céspedes y otros	72
Máximo Hurtado Hernández	991
Michel J. Simar	1167
Miguel Plata Clavijo	1085
Miguel Pinedo Vidal	1506
Municipio de Yopal	56
Nancy Amparo Ramírez Giraldo	229
Natividad Rodríguez de Gutiérrez	447
	1663

	Págs.
Nelson Durán Vidal	1161
Noe de Jesús Bedoya Sepúlveda y otros	510
Olegario Cristancho y otros	550
Omar Armando Baquero Soler	1059
Orfelia Guzmán Rojas y otro	1511
Orlando Abello Martínez Aparicio y otro.....	1015-1128
Oscar Silva Rendón	1347
Oscar Villada López	977
Pascuala Caicedo y otros	244
Pedro Vivas González	1141
Pedro Julio Aldana Alfonso	1474
Plinio Báez Rojas y otros	540
Producciones Telemundo Ltda.	502
Productora de Huevos Ltda.	898
Productos Sanitarios Sancela S.A.	777
Proma Ltda.	837
Rafael Casado Amaris	987
Ramón Eduardo Martínez Quevedo	1393
Ricardo Hurtado Bravo	1271
Rodrigo Rivera Coronel	181
Rómulo Perdomo Medina	965
Samuel R	1340
Santa Fé Petroleum and Supple Corporation S. A.	906
Seguros Comerciales Bolívar S. A.	664
Servando Sánchez Cardozo	1364
Sociedad Comercial Nieto Delgado Cía. S. en C.	220

	Págs.
Sociedad Suramericana de Construcciones	391
Sociedad Adal Ltda.	319
Sociedad Corpocentros Ltda.	745
Sociedad Arinco S.A.	208
Tránsito Supelano de Espitia	532
Translíquidos Ltda.	754-760
V. Burrowes Industrias El Fraile S. A.	651
Ventura Garcés y otros	169
Volta A.B.	631
Yolanda Monsalve Gómez y Ligia Gómez Velásquez	130



INDICE TEMATICO
PRIMER TRIMESTRE DE 1993

Segunda Parte

SECCION TERCERA

	Págs.
ABOGACIA	391
ACCIDENTE DE TRABAJO	517
ACCION DE REPARACION DIRECTA	261
ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME	319
ACTIVIDAD PELIGROSA	228-397-432-462-510
ACTO CONTRACTUAL	81
ADJUDICACION DE BALDIOS-Improcedencia	56
ADJUDICACION DEL CONTRATO-Criterios	331
AUTO INTERLOCUTORIO	81
BIEN FISCAL	56
CADUCIDAD	208-261-319
CASO FORTUITO-Improcedencia	37
COMPETENCIA	56-319-517
CONCILIACION	81-82-164
CONCILIACION-Trámite	502

	Págs.
CONCURRENCIA DE CULPAS	243
CONSULTA-Imprudencia	164
CONTRATO DE ADHESION	331
CONTRATO DE COMODATO	397
CONTRATO DE OBRA PUBLICA	331
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	81-208-319
CULPA DE LA VICTIMA	397
CULPA DE LA VICTIMA-Inexistencia	510
CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA	397
CULPA PERSONAL DEL AGENTE-Inexistencia	523
DAÑO ANTIJURIDICO	23-130-181-228-478-510
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS	462
DIGNIDAD HUMANA	189
DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES	113
DOMINIO EMINENTE	56
EXPROPIACION	269
FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS	113-152
FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA	72-228-540
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO	30
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO-Inexistencia ..	471
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO-Protestas	189
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA	30-168-325-447-523
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA PORTUARIA	168
FALLA DEL SERVICIO DE PRISIONES	23-143
FALLA DEL SERVICIO DE RECAUDO DE IMPUESTOS	90
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO	397

	Págs.
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AEREO	432
FALLA DEL SERVICIO DE VIGILANCIA	11-23
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO	189
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO-Inexistencia	532
FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO	550
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION	11
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Electrocución	228-540
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Vehículo Oficial	37-462
GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA	294
HONORARIOS	391
INCORA	56-319
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS	269
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Liquidación	331
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Reembolso	228
INDICIOS	447
INTERVENCION EN PROCESOS	125
JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	319-517
JURISDICCION ORDINARIA	517
LEGITIMA DEFENSA	243
LEGITIMACION POR ACTIVA	243
LEGITIMACION POR PASIVA	113-397
LIBERTAD DE EXPRESION	189
LICITACION PRIVADA-Deserción	220
LICITACION PRIVADA-Formalidades	220
LIQUIDACION DE CONDENA	269
LUCRO CESANTE	331
	1669

	Págs.
LLAMAMIENTO EN GARANTIA	125-228
MINISTERIO PUBLICO	125
NULIDAD PROCESAL	164
OFERTA ALTERNATIVA DE CONTRATO	294
OFERTA DE CONTRATO	294
OFERTA DE CONTRATO-Calificación	331
ORDEN PUBLICO	181
PERJUICIOS MATERIALES-Distribución	243
PERJUICIOS MATERIALES-Improcedencia	168
PERJUICIOS MORALES A COMPAÑERA PERMANENTE	243
PERJUICIOS MORALES A TERCEROS	462
PLIEGO DE CONDICIONES-Naturaleza	294
PLIEGO DE CONDICIONES-Requisitos	294
PLIEGO DE CONDICIONES-Requisitos Formales	331
PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD	462
PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS	
PUBLICAS	181
PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA	391
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	243
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	502
PROCESO LICITATORIO-Formalidades	220
PROCURADOR JUDICIAL ANTE TRIBUNAL ADMINIS-	
TRATIVO-Funciones	125
RECURSO DE APELACION	81-269
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	331

	Págs.
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADADO	228-517
RESPONSABILIDAD OBJETIVA	130-478
RESPONSABILIDAD POR RIESGO	181
RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS	130
RESPONSABILIDAD PRESUNTA	432-510
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	72-397
SELECCION DE CONTRATISTA	294
TORTURA	325
TORTURA-Inexistencia	532
TRANSACCION-Diferencias	82
TRANSITO DE LEGISLACION	208-502

SECCION CUARTA

ACCION DE NULIDAD-Improcedencia	737
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	737-789-929
(Aclaración de Voto)	831
Improcedencia (Salvamento de Voto)	828
ACREENCIAS	574
ACTIVIDAD COMERCIAL	837
Inexistencia	898
ACTIVO FIJO	955
ACTIVO MOVIBLE	744
ACTO ADMINISTRATIVO	929
(Aclaración de Voto)	831
(Salvamento de Voto)	948

	Págs.
Inexistencia (Salvamento de Voto)	826-828
Motivación	851
ACTO COMERCIAL	837
ACTO DE AUTORIZACION	603
ACTO DEMANDABLE	603
ACTO GENERAL	737
ACTO PARTICULAR	737
ACTO PRESUNTO	777
ADMINISTRACION DEL IMPUESTO	910
AJUSTES POR INFLACION	877
AMNISTIA DE IMPUGNACIONES	727
ANTICIPO DE CONTRIBUCION ESPECIAL	783
ANTICIPO DE IMPORRENTA	663
BASE GRAVABLE	916
BENEFICIO DE AUDITORIA	744
BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD	
INTERNA	702-916-917
CADUCIDAD	917
Inexistencia	789
Interrupción	727
Término	777
CAPACIDAD JURIDICA	744
CATASTRO	719
CAUCION	906
CERTIFICADO CONTABLE	955
CESION DE SOBANTES	603

	Págs.
COMERCIO EXTERIOR	851
COMPETENCIA FUNCIONAL	904
CONDENA EN CONCRETO	929
CONFESION	650
CONSEJO DE ESTADO	904
CONSOLIDACION CONTABLE	641
CONTABILIDAD POR CAUSACION	595-754
(Salvamento de Voto)	760
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	789
(Aclaración de Voto)	831
CONTRIBUCION DE VALORIZACION	737-910
CONTRIBUCION ESPECIAL	783
CONTRIBUCION PARAFISCAL	789
CONTRIBUCION POR EXPLOTACION	950
CONTRIBUCION POR VIGILANCIA	692
CÓNTRIBUYENTE EXTRANJERO	631
CONTROL FISCAL	789
(Aclaración de Voto)	831
CONTROL JURISDICCIONAL	769
(Salvamento de Voto)	773
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Salvamento de Voto)	828
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Improcedencia (Aclaración de Voto)	831
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	877
COSTO	650-955

	Págs.
COSTO DE VIDA-Determinación	955
CÓSTOS DIFERIDOS	744
CUENTA CORRIENTE EN EL EXTERIOR-Límites	586
CHEQUE NO NEGOCIABLE	763
DECLARACION TRIBUTARIA-Corrección	904
DEDUCCION	650
DEMANDA-Requisitos	603
Retiro	727
DERECHO DE DEFENSA	650-789
DEVOLUCION	929
DIVIDENDO	631
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	615
ENDOSO AL COBRO	763
ENTIDAD INTERVENIDA	574
ERROR ARITMETICO	844
ESTABLECIMIENTO PUBLICO	615
ESTAMPILLA CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLANTICO	566
ESTAMPILLA DE PROELECTRIFICACION RURAL	559
EXCEPCIONES	769
(Salvamento de Voto)	773
EXENCION	566
FACULTAD IMPOSITIVA	877-910
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL	559-566
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	559-566-615
FACULTAD SANCIONATORIA	586

	Págs.
FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS	789-790
Naturaleza	789
(Aclaración de Voto)	831
FONDO NACIONAL DE CAFE	789-790
GASTO-Causación	754
Causación (Salvamento de Voto)	760
Realización	595
IMPUESTO	910
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Improcedencia .	898
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO ...	837-844
IMPUESTO PREDIAL	615-719
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	595-631-955
(Salvamento de Voto)	760
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES	737
INGRESO-Causación	754
INGRESO-Causación (Salvamento de Voto)	760
Realización	595
INGRESOS POR COMERCIALIZACION DEL CAFE	790
INSPECCION CONTABLE-Límites	641
INTERES CORRIENTE-Improcedencia	929
INVERSION FORZOSA	702
Naturaleza	916
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	844-862
IVA EN SERVICIOS	622-660
JURISDICCION COACTIVA	769
(Salvamento de Voto)	773

Págs.

JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Objeto (Salvamento de Voto)	826
LEY EN EL TIEMPO	622-631-862
LEY ESPECIAL	631
LEY PROCESAL	777
LIBROS DE CONTABILIDAD	641-862
Irregularidades	641
LIQUIDACION DE REVISION	663
LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA	574
LIQUIDACION PRIVADA	663
MANDAMIENTO DE PAGO (Salvamento de Voto)	773
MEJORA NO INCORPORADA	719
MERCANCIA EN TRANSITO	955
METODOS DE VALUACION DE INVENTARIO	877
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE	910
MULTA	929
(Salvamento de Voto)	948
NOTIFICACION	929
(Salvamento de Voto)	948
NOTIFICACION POR EDICTO	685
PAGO DE CONTRIBUCION ESPECIAL	783
PAGO POR VENTANILLA	763
PATRIMONIO LIQUIDO-Ajustes	877
PERSONERIA SUSTANTIVA	744
POLIZA DE SEGUROS-Restricción	586
POTESTAD REGLAMENTARIA	877

	Págs.
Límites	702
PREDIO NO INCORPORADO	719
PRESCRIPCION	917-929
Interrupción (Salvamento de Voto)	948
PRINCIPIO DE ANUALIDAD TRIBUTARIA	631-663
PRINCIPIO DE CELERIDAD	851
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	910
PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DEL PERIODO FISCAL	689
PRODUCCION AGROPECUARIA	898
REAJUSTE MONETARIO	929
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Deserción ..	906
REGISTRO CONTABLE	650
RENTA LIQUIDA EN SERVICIOS AUTONOMOS	744
REPRODUCCION DE NORMA INEXEQUIBLE	877
REQUERIMIENTO ESPECIAL	650
RESPONSABLE DEL IVA	622
RESTABLECIMIENTO AUTOMATICO	929
RETENCION EN LA FUENTE-Causación	754
RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY	844
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO	870
SANCION POR INEXACTITUD	641
SANCION POR LIBROS	641-862
SANCIONES	929
SENTENCIA CONDENATORIA	929
SENTENCIA CONSTITUTIVA	929
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos	672-676

	Págs.
SENTENCIA INHIBITORIA	672
(Salvamento de Voto)	826
Improcedencia	603
SERVICIO DE PUBLICIDAD	660
SERVICIO EXCLUIDO	660
SISTEMA DE INVENTARIO PERMANENTE	955
SISTEMA DE JUEGO DE INVENTARIOS	955
SOBRANTE	603
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE CONSORCIOS	
COMERCIALES-Obligaciones	709
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA	615
SOCIEDAD EN LIQUIDACION	744
SOCIEDAD INVERSIONISTA	837
SUJETO PASIVO	702
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Funciones	763
SUPERINTENDENCIA DE CAMBIOS	929
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Facultades	692
SUPERINTENDENTE BANCARIO	586
Funciones	574
SUSPENSION PROVISIONAL	660-783
SUSTRACCION DE MATERIA	672
TARIFA	631
TERMINOS-Cómputo	929
TITULO DE DEUDA PUBLICA	702
TOMA DE POSESION DE BIENES	574
TRANSITO DE LEGISLACION	685-777

	Págs.
VALOR NOMINAL	916
VIAGUBERNATIVA	650
Agotamiento	685
VIGENCIA DE LA LEY.....	950

SECCION QUINTA

ACCION ELECTORAL	1212-1260-1363
Naturaleza	1070
ACCION DE NULIDAD-Fines	990
ACCION DE TUTELA-Improcedencia	965
Titularidad	1382
ACLARACION-Improcedencia	1014
ACTA DE ESCRUTINIO	1046-1478
ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia	1418
Individualización	1621
ACTO DE DECLARACION DE ELECCION	990
ACTO DE ELECCION	1045
ADICION-Improcedencia	1014
ALCALDE	1270
Elección	998-1354-1549
Inhabilidades	965-1005-1030-1085-1093-1121-1146-1238- 1259-1271-1334-1370-1520-1531-1549-1622
Período	1045
Requisitos	976- 1045-1065-1260
ANALOGIA-Improcedencia	1100-1155-1363-1167-1176-1182
Improcedencia	1046
	1679

	Págs.
ASAMBLEA	1622
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades	1115
AUDITOR INTERNO-Nombramiento	1543
AUTO ADMISORIO	1578
Notificación	1621
AUTONOMIA ADMINISTRATIVA	1413
AUTORIDAD CIVIL	1520
Inexistencia	1085-1093-1478-1622
CADUCIDAD	1028-1212
CARGA DE LA PRUEBA	1045-1260
COMPETENCIA FUNCIONAL	1578
CONCEJAL	965-1005-1250-1597-1598-1651
Incompatibilidades	998
Inhabilidades	998-1155-1167-1250-1270-1651
Renuncia	1146
CONCEJO MUNICIPAL	1023-1340
Facultades	1543
CONCEPTO EXTRAJUDICIAL-Inexistencia	1182
CONFESION JUDICIAL-Valor Probatorio	976
CONGRESISTA-Inhabilidades	1478
CONSEJO DE ESTADO	1578
CONSEJO DIRECTIVO	1121
CONTRALOR DEPARTAMENTAL	990
Elección	1115
Período	990
CONTRALOR MUNICIPAL-Elección	1161-1340

	Págs.
Facultades	1543
Período	990
CONTRATO	1030-1167-1271
Inexistencia	1212
COPIA DEL ACTO	1633
Inexistencia	1474
COPIA MECANICA	1250
COPIAS-Valor Probatorio	1531
CORRUPCION DEL ELECTOR-Dádiva	1238
CORTE CONSTITUCIONAL	1387
CREDENCIAL	1474
CUOCIENTE ELECTORAL	1549-1578
DAS	1469
DELEGACION DE FUNCIONES	1469
Admisión	1014
Requisitos	1065-1392-1633-1418-1474
DEMANDA ELECTORAL	1621
Requisitos	1578-1621
DERECHO AL VOTO	1194
DERECHOS FUNDAMENTALES	1382
DEROGATORIA DOCTRINARIA-Imprudencia	1651
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES	1250-1531
DICTAMEN PERICIAL	1392-1548-1560
DIPUTADO	1334
Incompatibilidades	1141
Inhabilidades	1141-1363-1510

	Págs.
DIRECTIVOS-Facultades	1469
DIRECTOR NACIONAL DE CAMINOS VECINALES-Facultades	1059
DIRECTOR REGIONAL-Nombramiento	1413
DIRECTOR SECCIONAL-Nombramiento	1413-1469
Requisitos	1038
DISTRITO DE OBRAS PUBLICAS	1413
DOCUMENTOS-Valor Probatorio	1250
DOMICILIO	1045-1132-1155-1186-1520-1548
DRI	1506
ELECCION DE ALCALDE-Régimen Aplicable	1520
ELECCIONES-Convocatoria	1045
ELECCIONES LOCALES	1132-1548-1621
EMPLEADO OFICIAL	1250-1259-1531-1597-1651
Inexistencia	1121
EMPLEO DE ELECCION POPULAR	965-1005-1334
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES	1121
EQUIVALENCIA-Improcedencia	1038
ERROR ARITMETICO	1100
ESTABLECIMIENTO PUBLICO	1059-1413
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS	1506
ESTADO CIVIL	1392
EXCEPCIONES PREVIAS-Improcedencia	1510
FALSEDAD IDEOLOGICA-Inexistencia	1548
FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES-Director Regional	1059

	Págs.
FUENTES FORMALES DEL DERECHO	1071
GERENTE-Facultades	1506
GOBERNADOR	1212
Facultades	1045-1059-1413-1506
Inhabilidades	1212
GOBIERNO-Facultades	1413
IMPEDIMENTO-Causales	1182
IMPERIO DE LA LEY	1071
INCIDENTES-Improcedencia	1531
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO	1418
INSCRIPCION DE CANDIDATURA-Extemporaneidad	1212
JEFE SECCIONAL-Nombramiento	1506
JUNTA DE FERIAS MUNICIPALES-Integrantes	1200-1606
JUNTA DIRECTIVA	1121
JURADO DE VOTACION-Firma	1478
Firmas	1392
JURISDICCION ROGADA	1065-1363-1478
JURISDICCION CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA	987
JURISPRUDENCIA-Naturaleza	1071
LEGISLACION ESPECIAL	987
MAGISTRADOS-Elección	1387
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS	1413
NEGACION INDEFINIDA	1045-1260
NEPOTISMO	998
NOMBRAMIENTO	1059
NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal	1059-1250
	1259-1413-1469-1506-1520-1531-1543-1597-1621

	Págs.
NORMA VIGENTE	1259
NORMA VIOLADA	1065
NORMAS PENALES	1579
NORMAS VIOLADAS-Concepto de Violación	1392
NULIDAD ELECTORAL	1005-1045-1100-1161- 1186-1212-1250-1478-1598
Causales	1132-1176-1186-1212-1478-1579-1637
Improcedencia	1167-1271 1478-1520-1549-1560-1578
Inexistencia	990-1046-1132-1186-1212-1238- 1478-1548-1579-1621
Procedencia	1334
NULIDAD PROCESAL	1080
Causales	1128-1531
Inexistencia	1128
OBLIGACION DE VOTAR-Inexistencia	1194
PARENTESCO	1549
PARENTESCO-Prueba	1392
PARTICIPACION EN POLITICA	1250-1259-1531-1597
PERSONA JURIDICA	1382
PERSONERO MUNICIPAL-Nombramiento	1549
Renuncia	1520
PLIEGO ELECTORAL-Extemporaneidad	1100
PREJUDICIALIDAD PENAL-Improcedencia	1579
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	1469
Facultades	1045

	Págs.
PRESUPUESTO MUNICIPAL	1578
PRINCIPIO DE CELERIDAD	1260
PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA	1070
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	1080-1155-1182-1186 1212-1478-1637
PROCESO ELECTORAL	965-1005-1146-1172-1510-1579
PROVIDENCIAS	987
PRUEBAS	1548
Oportunidad	1531
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA	1146
Improcedencia	1005-1260
QUORUM DECISORIO	1023
QUORUM DELIBERATORIO-Inexistencia	1340
RECLAMACION ELECTORAL	1046-1478
Causales	1100
RECuento DE VOTOS	1046
RECURSO DE APELACION	965-987
Extemporaneidad	1172
Improcedencia	1080-1578
Oportunidad	1172
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Impro-	
cedencia	1070
RECURSOS	1578
Improcedencia	1014
REGIMEN DE INHABILIDADES	1651
REGISTRO APOCRIFO	1560

	Págs.
Diferencia	1194
Inexistencia	1548
REGISTRO FALSO	1194-1560
RESIDENCIA	1132-1155-1186-1260-1520-1548-1621
REVOCATORIA DEL MANDATO	990
SANCION PENAL	1510
Efectos	1238
SECRETARIO GENERAL	1622
SENTENCIA	1014
SENTENCIA INHIBITORIA	1474
SENTENCIA ELECTORAL	1070
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD	1038
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD-Régimen de Personal ...	1121
SERVIDOR PUBLICO	1250-1259-1531-1597
Inhabilidad General	1270
SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL	1578
Inexistencia	1354
SISTEMA MAYORITARIO	1354
SUBCONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección	1115
SUSPENSION PROVISIONAL	1578
Improcedencia	1115-1141-1387-1543
Procedencia	1023-1340
TAXATIVIDAD	1100-1128-1176
TERNA	1161
TESTIMONIO-Improcedencia	1392
TUTELA CONTRA SENTENCIA-Improcedencia	965-1382

	Págs.
VACANCIA	1598
VACANTE	1250
VECINDAD	976-1045-1065-1260
VINCULO POR PARENTESCO	1478
VOTO EN BLANCO	1194

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE ESTE LIBRO

«ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO-1^{er} TRIMESTRE (2^a PARTE) DE 1993»

Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN ABRIL DE 1996.