

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXX
SEGUNDA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1990

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
TERCER TRIMESTRE
1990

Presidente
Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker

Vicepresidente
Doctora Consuelo Sarria Olcos

Secretaria General
Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Doctor Simón Rodríguez Rodríguez
Presidente
Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez
Doctor Rodrigo Viera Puerta
Doctor Pablo J. Cáceres Corrales
(Se retiró el 31 de agosto de 1990.
A partir del 1 de septiembre de 1990
se posesionó la doctora Myriam Guerrero de Escobar)

SECRETARIO
Señor Víctor M. Villaquirán M.

SECCION SEGUNDA

Doctora Clara Forero de Castro
Presidente
Doctor Joaquín Barreto Ruiz
Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker
Doctor Alvaro Lecompte Luna
Doctor Diego Younes Moreno
(Se posesionó el 7 de septiembre de 1990)

SECRETARIO
Doctor Miguel A. Perilla Perilla

SECION TERCERA

Doctor Carlos Betancur Jaramillo
Presidente
Doctor Gustavo De Greiff Restrepo
(Se retiró el 24 de octubre de 1990.
A partir del 25 de octubre de 1990 se posesionó
el doctor Carlos Ramírez Arcila)
Doctor Julio César Uribe Acosta
Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla

SECRETARIO
Doctor Félix Arturo Mora Villate

SECCION CUARTA

Doctor Guillermo Chahín Lizcano
Presidente
Doctor Jaime Abella Zárate
Doctor Carmelo Martínez Conn
Doctora Consuelo Sarria Olcos

SECRETARIO
Señor Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Doctor Miguel González Rodríguez
Presidente
Doctor Jorge Penén Deltieure
Doctor Amado Gutiérrez Velásquez
Doctor Euclides Londoño Cardona
(Se retiró el 23 de agosto de 1990.
A partir del 24 de agosto de 1990 se posesionó
el doctor José Joaquín Camacho pardo)

SECRETARIO
Doctor Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Jaime Paredes Tamayo
Presidente
Doctor Jaime Betancur Cuartas
Doctor Javier Henao Hidrón
Doctor Humberto Mora Osejo

SECRETARIA
Doctora Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS

1- Doctor Alvaro León Cajiao
2- Doctora Edne Cohen Daza
3- Doctor Jaime Ossa Arbeláez
4- Doctor Rafael Ballén Molina
5- Doctora María Eugenia Samper Rodríguez
6- Doctora Dolly Pedraza de Arenas
7- Doctora Miren De la Lombana de Magyaroff

8- Doctor Jaime Mossos Guarnizo
9- Doctora Inés Hurtado Cubides
10- Doctor Fernando Ospina Henao

RELATORES

Doctora Sonia Mireya Vivas Pineda
Doctor Danilo Rojas Betancourth

SECCION TERCERA

LIQUIDACION DE CONDENA. PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. ALLANAMIENTO

Las entidades de derecho público solo pueden allanarse a las pretensiones de la demanda, bajo las condiciones que establece el inc. 2º del art.218 del D. 01/84 pues el art., 55 que lo modificaba fue declarado inexequible. El "*a-quo*" no podía, por lo mismo, aceptar la liquidación que le presentaron.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 5914 Actor : *Luis Eduardo López Carvajal y otra.*

El Tribunal Administrativo de Santander, consulta el proveído mediante el cual culminó el incidente de liquidación de perjuicios, adelantado por la parte demandante, el proceso del rubro.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias particulares del caso, se transcribe a continuación. lo pertinente del referido auto:

"Con fundamento en las sentencias proferidas en primera y segunda instancia en este proceso, el señor apoderado de los demandantes presentó

liquidación de perjuicios de conformidad con lo preceptuado por el artículo 308 del C. de P. C.

"Siguiendo las pautas señaladas por el H. Consejo de Estado, la liquidación se concretó a determinar la indemnización consolidada y la indemnización futura, para cada uno de los progenitores del occiso, tomando base el salario mínimo legal vigente en la época de los acontecimientos que originaron la acción.

"Fue así, como llegó a indicar la cantidad de $219.522.96 como indemnización consolidada y $103.054.70 como indemnización futura, para un total de $322.577, 66, por concepto de perjuicios materiales.

"Una vez notificado del auto que ordenó correr traslado de la liquidación, el señor Director General de la Policía designó una apoderada para que representara a la parte demandada. Esta a su vez manifestó que encontraba ajustada al fallo, la liquidación presentada por la parte actora.

"Como el inciso cuarto del artículo 308 del C. de P.C. ordena aprobar de plano la liquidación que expresamente acepta la parte obligada, la Sala dispondrá lo conducente de acuerdo a dicha norma.

"En virtud de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander,

"RESUELVE:

"PRIMERO: Reconócese a la doctora MARIA CRISTINA VALDERRAMA PUERTO como apoderada de LA NACION.

"SEGUNDO: Fíjese en TRESCIENTOS VEINTIDOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS ($322.577.66) MCTE., la suma que debe pagar LA NACION a favor de cada uno de los señores LUIS EDUARDO LOPEZ CARVAJAL identificado con cédula de ciudadanía No. 5.777.583 de Tona y HERMINDA HERRERA DE LOPEZ, identificada con cédula de ciudadanía 37'802.978 de Bucaramanga, por concepto de indemnización de perjuicios materiales ocasionados con la muerte de LUIS ERNESTO LOPEZ HERRERA.

"Comuníquese esta determinación en la forma prevista por el artículo 177 del C.C.A.

"Cópiese y notifique y si no fuere apelada esta providencia, consúltese con el H. CONSEJO DEL ESTADO. (fls. 206 a 208 Cdno No. 1).

-II-

LIQUIDACION PRESENTADA POR EL MANDATARIO JUDICIAL DE LA PARTE ACTORA

A folios 193 y siguientes del cuaderno No. 1, aparece el escrito presentado por el procurador judicial de la parte demandante, en el cual registra el monto de la liquidación de la condena.- en lo pertinente del mismo, se lee:

"II. LIQUIDACION

"PARTE MOTIVA.

" 1o. -Mediante sentencia de fecha Octubre 7 de 1.987, emanada del Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, en su numeral 2. y cláusula primera de la sentencia de segunda instancia del C.E., se condenó en abstracto a la Nación Colombiana, al pago de los perjuicios materiales ocasionados a los demandantes con la muerte del ciudadano LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, ocurrida como consecuencia de los golpes ocasionados por un agente de la Policía Nacional, el día 2 de Diciembre de 1.984.

"2o. Se determina como hecho generador de los perjuicios materiales, el daño ocasionado a los progenitores de LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, como consecuencia de su muerte violenta ocasionada por un Agente de la Policía Nacional.

"3o.- Al momento de su fallecimiento, el ciudadano LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, contaba con 19 años de edad, por cuento que había nacido el día 16 de Diciembre de 1.964.

"4o.- LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, ayudaba a sus padres con el producto de sus actividades agrícolas, de las cuales derivaba sus ingresos pecuniarios.

"5o.- LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, era un joven de buena vitalidad y contextura física.

"AVALUO DEL LUCRO CESANTE

"La expectativa de vida del occiso, conforme a las tablas de supervivencia o vida probable de LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, quien al momento de su muerte trágica contaba con 19 años , 11 meses y 14 días por cuanto que había nacido el día 16 de Diciembre de 1.964, era de 47.8 años ya que se trata de un persona "no rentista", sino que pertenece al sector de personas que devienen su sustento de la actividad laboral.

"Como, no existe en el proceso una prueba fehaciente del salario exacto del trabajador agrario, por cuento apenas había terminado su capacitación media, e iniciaba su actividad laboral remunerada; es preciso deducir que LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, estaría en capacidad de obtener por su trabajo, el SALARIO MINIMO LEGAL para el sector primario, que es el que la Legislación Laboral presume como suficiente como retribución para el trabajo del hombre económicamente activo y que entre otras cosas es el que recibe la gran mayoría de la población campesina trabajadora de Colombia. Por ello, para esta evaluación, se toma como base el SALARIO MINIMO LEGAL, para el cálculo de la indemnización, en razón del lucro cesante, dejado de percibir por el occiso, durante la expectativa de vida que le restaba al momento de su fallecimiento; es la suma de ONCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS ($11.298.oo), a la determinación del Consejo Nacional de Salarios, refrendada por el Decreto 3506 de 1.983.

"Descontado un 25%, los cuales según la jurisprudencia del Consejo deben ser dedicados a la propia supervivencia y gastos personales del occiso, queda la suma DE OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON 50/100 M/Cte. ($8.473.50), como la dedicada por la víctima al sostenimiento de sus padres, los cuales se distribuirán equitativamente a cada uno de ellos: 50% para el padre y 50% para la madre, es decir, la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON 75/100 ($4.236.75) para cada uno.

"La indemnización consolidada está comprendida entre el 2 de Diciembre de 1.984 y el 7 de Octubre de 1.987.

"INDEMNIZACION CONSOLIDAD

"Los meses a liquidar por concepto de indemnización consolidada son 34, del 2 de Diciembre de 1.984 al 7 de Octubre de 1.987.

"LUIS EDUARDO LOPEZ CARVAJAL (Padre)

"4.236.75 X 51.814.oo = $ 219.522.96

"HERMINDA HERRERA DE LOPEZ (Madre)

"4.074.73 X 51.814.oo 219.522.96

"La suma de la indemnización consolidada es $ 439.045.92

"INDEMNIZACION FUTURA

"Para el padre LUIS EDUARDO LOPEZ CARVAJAL, debe liquidársele 26 meses, pues ya se liquidaron 34 que corresponden a la indemnización consolidada.

"La productividad actualizada es de $4.236.75 y el factor a aplicar es 24.3240, que corresponde a 26 meses. En consecuencia se deben por indemnización:

" $ 4.236.75 X 24.3240 = $103.054.70

"Para HERMINDA HERRERA DE LOPEZ, madre del occiso, igualmente deben liquidársele 26 meses, pues ya se le liquidaron los 34 que corresponden a la indemnización consolidada.

"La productividad actualizada es de $4.236.75 y el factor es el mismo del anterior, o sea 24.3240, que corresponden a los 26 que le faltarían a LUIS EDUARDO LOPEZ HERRERA, para cumplir los 25 años.

" $ 4.236.75 X 24.3240 = $103.054.70

"La suma de la indemnización futura es de $206.109.40, los cuales sumados a la indemnización consolidada, dan un total de SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO PESOS CON 32/100 ($465.155.32). ".(fls. 193 a 195 Cdno No. 1).

-III-

CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES EN ESTA INSTANCIA

Ninguna de ellas presentó sus alegatos dentro del término que para tal efecto se señalo en proveído visible a fl. 211 del cuaderno No. 1.

-IV-

VISTA FISCAL

La señora fiscal 7a, de la Corporación, dentro del término de ley, en escrito que obra a folios 213 y 214 del cuaderno principal, conceptúo así:

"Tramitado el grado de jurisdicción como lo prevé el Art. 184 del Decreto 01 de 1.984 y no teniendo esta Fiscalía Ningún reparo procesal o de fondo qué hacer, considera que la providencia que aprueba la liquidación debe ser confirmada".

-V-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala procede a revisar la liquidación objeto de consulta, para proceder a hacerla, toda vez que las entidades de derecho público sólo pueden allanarse a las pretensiones de la demanda, bajo las condiciones que establece el inc. 2o. del Art. 218 del Decreto 01/84 pues el Art. 55 que lo modificaba fue declarado inexequible. El *a-quo* no podía, por lo mismo, aceptar la liquidación que le presentaron, como ocurrió en el presente caso. Las pautas a las cuales se ceñirá estrictamente la liquidación fueron fijadas en el fallo, y dicen:

"PRIMERA. Se examinará la concordancia entre los daños alegados por los demandantes, y la declaración de la renta del occiso, no extemporánea, correspondiente al año gravable de 1.983 (Art. 10 Ley 58 de 1.982), bajo el siguiente entendimiento;

"a) Se tomará, como ingreso mensual de LUIS ERNESTO LOPEZ HERRERA, la suma de veinte mil pesos ($20.000.oo) moneda corriente, a que hace referencia la demanda, si fue declarada;

"b) Si declaraba suma menor a la anotada, se hará la liquidación sobre la suma declarada;

"c) Si no declaraba renta, se tomará como base económica el salario mínimo legal vigente para la época de la muerte de LUIS ERNESTO LOPEZ;

"SEGUNDA Se descontará un veinticinco (25%) por ciento de los intereses anteriores, equivalente a lo que el interfecto dedicada a su propia subsistencia.

"TERCERA: El setenta y cinco por ciento (75%) restante, se dividirá en dos partes iguales para cada uno de los padres;

"CUARTA: La indemnización comprenderá dos períodos: Uno, que es la indemnización debida o consolidada, desde el 2 de Diciembre de 1.984 -día de la tragedia- hasta el 7 de octubre de 1.987- fecha de la sentencia de primera instancia-. No se extiende este primer período hasta la ejecutoria de esta sentencia, porque ello podría hacer más oneroso el fallo, que sólo vino en grado de consulta. La liquidación se

hará atendiendo las orientaciones jurisprudenciales de la Sala. Otro período, que es la indemnización futura, que corre desde el 8 de octubre de 1.987 -día siguiente al del fallo- hasta aquel en que el occiso habría cumplido los 25 años, tiempo en que de acuerdo con la jurisprudencia administrativa, los colombianos normalmente toman estado, y organizan su propio hogar;

"QUINTA: No se actualiza la indemnización con base en los índices de precios al consumidor, porque no se pidió en la demanda". (fls. 176 y 177 Cdno No. 1).

1. LIQUIDACION PARA EL PADRE DE LA VICTIMA, LUIS EDUARDO LOPEZ CARVAJAL.

PERJUICIOS MATERIALES.

1.1. Indemnización debida o consolidada.

Tiempo: se le pagará desde el 2 de diciembre de 1.984 -día de la tragedia- hasta el 7 de octubre de 1987-fecha de la sentencia de primera instancia- o sea 34 meses;

Base económica: Se tomara el salario mínimo vigente para la época de la muerte de la víctima, equivalente a ONCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS ($11.298.oo), conforme al acuerdo No. 1 del 27 de diciembre de 1.983, dictada por el Consejo Nacional de Salarios, aprobado por el Decreto 3506 de 1983.

A la suma anterior, se le descuenta el 25% ordenado en la sentencia y queda la cantidad de OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($8.473.50). Este monto de divide en dos partes iguales para cada uno de los padres del occiso, es decir la cantidad de CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($4.236.75). No se actualiza la condena, por que la sentencia no lo dispuso.

Sobre esta base salarial se liquida la indemnización Debida o Causada, mediante la aplicación de las siguiente formula matemática, aceptada jurisprudencialmente.

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

donde,

S = Suma o indemnización que se busca;

R = Renta mensual sin actualizar porque la sentencia no lo dispuso:

i = Interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867 mensual. Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867;

n = Mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

(Sentencia diciembre 16 de 1.987. Exp. 5088. Actor: Olga lucía Mc Ewrn V. de Betancur y otros, consejero ponente doctor: (Carlos Betancur Jaramillo).

De acuerdo con lo anterior, se tiene:

$$S = \$4.236.75 \frac{(1 - 0.004867)^{34} - 1}{0.004867} =$$

$$S = \$4.236.75 = \frac{0.179483476}{0.004867} = 36.8776406$$

$$S = \$4.236.75 \text{ X } 36.8776406$$

$$S = \$156.241,34$$

2. *Indemnización Futura.*

Tiempo: Según la sentencia, corre desde el 8 de octubre de 1.987 -día siguiente al del fallo- hasta el 16 de diciembre de 1.989- día en que el occiso cumpliría los 25 años.

Base Económica: Se toman los mismos $4.236.75 que sirvieron de base para la liquidación Debida, porque la sentencia no ordenó su actualización.

Sobre las bases anteriores, se calcula la Indemnización Futura o Anticipada, acudiendo para tal efecto a la fórmula de las matemáticas financieras , ya aplicada en forma reiterada por la sala, en la cual el factor, multiplicado por la renta da el monto que se busca.

La fórmula es la siguiente:

$$P = R \frac{(1 + i)^n}{i(1 + i)^n}$$

donde,

P = Valor presente, o valor de la indemnización;

R = Renta sin actualizar, por la razón ya anotada;

i = Interés del 6% anual o 0.4867 mensual. Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867, cuando se líquida con meses. Si la liquidación se hace con años, el interés es del 0.06;

n = Número de meses (o años) que se liquidan

De acuerdo con lo anterior, se tiene;

$$P = \$4.236.75 = \frac{(1 + 0.004867)^{26} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{26}}$$

$$P = \$4.236.75 = \frac{0.134548818}{0.005521849102} = 24.36662393$$

P = $4.236.75 x 24.36662393

P = $103.235,29

Total liquidación para el padre

Indemnización Debida	$ 156.241.34
Indemnización	$ 103.235.29
TOTAL	$ 259.476.63

2. LIQUIDACION PARA LA MADRE DE LA VICTIMA, HERMINDA HERRERA DE LOPEZ.

Como la liquidación se hace sobre las mismas bases y por el mismo período que la se hizo para el padre, el monto correspondiente a la madre es igual a la de aquel.

Como la liquidación por indemnización debida de cada uno de los beneficiarios dio como resultado la suma de $156.241.34, a este monto debe reducirse la condena. en relación con la indemnización futura, la Sala la reduce a la suma presentada por este concepto en la liquidación con que se inició el incidente, o sea a $ 103.054.70, pues no puede decidir más allá de lo pedido.

RESUMEN:

PARA LUIS EDUARDO LOPEZ CARVAJAL

Indemnización Debida .....$ 156.241.34

Indemnización Futura .....$ 103.054.70

TOTAL .....$ 259.296.04

PARA HERMINDA HERRERA DE LOPEZ

Indemnización Debida $156.241.34

Indemnización Futura .....$ 103.054.70

TOTAL .....$ 259.296.04

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: Confírmase el numeral 1o. del auto calendado el día 19 de junio de 1.989, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander;

SEGUNDO: Revócase el numeral 2o. de la ameritada providencia, el cual quedara así:

Fíjase en DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON CUATRO CENTAVOS ($259.296.04) MONEDA CORRIENTE, la suma que debe pagar la NACION -MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL -Policía Nacional- a favor de cada uno de los ciudadanos LUIS EDUARDO LOPEZ CARVAJAL Y HERMINDA HERRERA DE LOPEZ, por concepto de indemnización de los perjuicios materiales ocasionados con la muerte de LUIS ERNESTO LOPEZ HERRERA.

TERCERO: El pago se hará en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO: En firme esta providencia, vuelva el expediente al tribunal de origen. La Secretaría hará las anotaciones del caso.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de Sala, Aclaración de Voto; C*arlos Gustavo Arrieta Padilla,* Con Aclaración de Voto*; Gustavo De Greiff Restrepo;* con aclaración de voto, *Julio César Uribe Acosta;*

Arturo Mora Villate, Secretario.

ACLARACION DE VOTO DE LOS DOCTORES CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA Y GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

LIQUIDACION DE CONDENA. CONDENA EN ABSTRACTO- Inexistencia. **PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. ALLANAMIENTO**
(Aclaración de voto)

Si la liquidación que presente el favorecido por la condena in genere de cuya liquidación se trata, está de acuerdo con las pautas que en la respectiva providencia se hubieran fijado y no se requiere probar ninguno de los aspectos envueltos en aquélla y la parte obligada (así sea una entidad de derecho público) no la objetare o más aún expresamente la aceptare, el juzgador deberá aprobarla. Sin perjuicio de lo que resultare de un estudio posterior de los artículos 307 y 308 del C.P.C. somos del parecer que en virtud de las reformas introducidas por el Decreto-ley 2282/89, en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desapareció de la posibilidad de sentencias que no contengan condenas en concreto.

Ref.: Expediente No. 5914

Actor: *Luis Eduardo López Carvajal y O.*

Dice la providencia que las entidades de derecho público sólo pueden allanarse a las pretensiones de la demanda, bajo las condiciones que establece el inciso 2º del Art. 218 del decreto 01/84, lo cual es cierto. Lo que parece discutible es que esa disposición rece con la liquidación que presente el

favorecido con una condena *in genere*, para los efectos que trata el que era el artículo 308 del C. de P.C. tal como era antes de su modificación por el art. 1º numeral 138 del Decreto 2282 de 1989.

Los suscritos Consejeros consideramos que si la liquidación que presente el favorecido por la condena in genere de cuya liquidación se trate, está de acuerdo con las pautas que en la respectiva providencia se hubieren fijado y no se requiere probar ninguno de los aspectos envueltos en aquella y la parte obligada (así sea una entidad de derecho público) no la objetare o más aún expresamente la aceptare. el juzgador deberá aprobarla. En nuestro concepto en este evento no puede hablarse ni de una demanda a la cual se allana la parte condenada in genere ni de una confesión de la entidad pública. Producida la condena en abstracto no existe derecho discutible alguno que sea motivo de renuncia o transición a través de una confesión. Menos se trata de un allanamiento pues este se predica es en relación con la demanda.

Por lo demás, en muchas ocasiones la tesis que prohijamos puede serle más útil a las entidades públicas que el someterlas a las demoras de un trámite liquidatorio cuya demora puede ocasionar los costos mayores que los que pueden significar la no objeción o la aceptación expresa de una liquidación acorde con la sentencia que se trate.

En vista de la modificación introducida por el Decreto-Ley 2282 de 1989, entre otros, a los arts. 307 y 308 de C. de P.C. sería conveniente que la Sala se avocara al estudio de la supervivencia o no en el proceso contencioso administrativo del incidente liquidatorio en los términos del anterior artículo 308. En principio, sin perjuicio de lo que resultare de dicho estudio, somos del parecer que en virtud de las reformas mencionadas en la Jurisdicción contencioso administrativa desapareció la posibilidad de sentencias que no contengan condenas en concreto.

Atentamente,

Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo de Greiff Restrepo .

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

LIQUIDACION DE CONDENA. CONDENA EN ABSTRACTO. PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. ALLANAMIENTO (Aclaración de voto)

Durante la vigencia del artículo 308 del C.P.C. fue reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la entidad pública demandada no podía aceptar la liquidación que presentara la parte actora y que, por la misma razón, pese a que de diera esa aceptación, el juzgador tenía que continuar el trámite del incidente liquidatorio hasta el fina. Continúo aún en esa línea. No comparto la idea de que cuando se produce condena en abstracto no hay derecho discutible que pueda ser motivo de renuncia o transacción a través de una confesión. Sí lo hay.

Referencia: Expediente Nº. 5914. Actor : *Luis Eduardo López Carvajal*

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Con todo respeto explico el voto que le di a la decisión tomada el 28 de Junio de 1.990. Se hace la advertencia que el trámite de liquidación se ajustó a lo previsto en el artículo 308 del c. de p.c.; norma que fue modificada en forma sustancial por el decreto 2282 de 1.989.

Durante la vigencia del citado artículo fue reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la entidad pública demandada no podía aceptar la liquidación

que presentara la parte actora y que, por la misma razón, pese a que se diera esa aceptación el juzgador tenía que continuar el trámite del incidente liquidatorio hasta el final. Se dio como razón de esto el hecho de que la administración no podía confesar (esa aceptación no sería otra cosa que una confesión sobre la cuantía de la condena) por prohibirlo así el artículo 199 del c. de p.c.

Continúo aún en esa línea. No puede olvidarse que la condena en abstracto parte de un supuesto indiscutido: Que las pruebas que obran dentro del proceso no alcanzaron a demostrar en forma suficiente el monto del perjuicio. Por eso la liquidación final solo podrá hacerse cuando se mejore la prueba de ese extremo. Si esa mejora no se produce tendrá que declararse extinguida la obligación. Cuando entre particulares se da esa aceptación, la decisión del incidente puede ser inmediata, porque esa aquiescencia, sobre extremo que perjudica al que la hace, es una confesión.

Esa aceptación de la entidad tampoco implica allanamiento, porque esta figura se refiere a la demanda y no podrá tomarse analógicamente por ser una norma de excepción.

No comparto la idea de que cuando se produce condena en abstracto no hay derecho discutible que pueda ser motivo de renuncia o transacción a través de una confesión. Si lo hay. El valor de la condena, si se confiesa, se puede concretar aunque no exista otra prueba; porque, es obvio, la prueba; que mejora la certeza sobre la cuantía de la obligación es precisamente esa confesión.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá D.E. Agosto 6 de 1.990

FALLA DEL SERVICIO. NEXO CAUSAL

El nexo en cuanto perceptible o inteligible puede ser espacial o temporal o de ambas clases. Será de la primera especie cuando el hecho a través del cual se materializó el perjuicio advino o en el lugar donde éste se presentó o debía presentarse o con un instrumento dado por la administración para la ejecución de la labor propia del servicio; será de la segunda especie, cuando adviene en horas del servicio. Pero ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de tales especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero sí resultará que el Juez, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio. Lo contrario sucede cuando el evento dañoso del funcionario ha sido cometido fuera del ámbito espacial o temporal del servicio, cuando entonces la primera inferencia del Juez será la de ausencia de nexo con el servicio inferencia que, naturalmente, puede ser contradicha por las pruebas que se alleguen y que lo lleven (al Juez) a la convicción de la falla del servicio a pesar de que la presencia del nexo en los ámbitos especiales y los temporales dentro de los cuales el hecho perjudicial aconteciera, no se encuentre.

LIQUIDACION DE CONDENA - Actualización. **PERJUICIOS MATERIALES . CORRECCION MONETARIA**

La corrección monetaria con referencia a ingresos provenientes de un trabajo no se estima con fundamento en la desvalorización del peso colombiano en relación con alguna moneda sino en relación con la variación del Indice de Precios al Consumidor en un período dado y no por el sistema de porcentajes acumulados, para cuyo

efecto se toma el citado índice en el mes y año de la sentencia en concreto o del incidente regulador si aquélla se pronunciare en abstracto y se divide por el índice del mes y año de la causación del perjuicio y el factor así obtenido se multiplica por el capital o la suma que se actualiza, que no es otro que el porcentaje del ingreso mensual que correspondiere al demandante a cuyo favor se profiere la sentencia. Por esto, en general, no es necesaria la práctica de una peritación, sino que probados los ingresos de la víctima y la vida probable de ésta en relación con quienes la sobreviven, así como la dependencia económica de éstos con aquélla, le basta al juzgador aplicar las fórmulas matemáticas que al efecto existen.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Finalidad. CORRECCION MONETARIA

La indemnización de perjuicios no tiene la finalidad de proteger económicamente a quienes por el acto dañino de otro quedarían en circunstancias materiales difíciles sino que filosóficamente está encaminada a restituir el patrimonio del perjudicado con un acto ilícito a las condiciones que aquél tenía antes de la ocurrencia del daño. El sentido reparador de la indemnización ha llevado a la Corte Suprema de Justicia y a esta Corporación a admitir la posibilidad de la indexación o corrección monetaria de su quantum de manera que el perjudicado reciba lo que efectivamente le corresponde y no menos por razón del fenómeno de pérdida del valor adquisitivo de la moneda, siendo sólo discutible si el Juez de la causa puede ordenarla de oficio o si requiere petición de parte y cuál sería la oportunidad de ésta, si en el momento de demandar o si al provocarse la liquidación de condena in genere o si, finalmente al cobrarse la indemnización, puntos estos últimos en los que la jurisprudencia no ha logrado unificarse.

Bogotá, D.E., Julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa. (1990)

Consejero Ponente: Gustavo De Greiff Restrepo

Expediente No. 5980 Actor : Arcelia Tovar de Trujillo

Conocer la Sala por vía de consulta la sentencia del 31 de Julio de 1.989 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, por la cual se declaró "a la Nación Colombiana - Policía Nacional responsable de la muerte del ciudadano ARTURO TRUJILLO POLANCO ocasionada por el Agente de la Policía Nacional, JAIRO FARFAN MEDINA, ... el día 30 de Diciembre de 1.983" y se la condenó "a pagar a la señora ARCELIA TOVAR DE TRUJILLO la suma de $40.160.508.00 y a favor del señor JESUS HERNANDO TRUJILLO TOVAR, la suma de $17.107.200.00 como

perjuicios materiales" y como perjuicios morales, el equivalente a 1.000 gramos oro, pagaderos a la señora Arcelia Tovar de Trujillo, el equivalente a 500 gramos oro a los srs. Carlos Arturo, Jesús Hernán, Rosa Helena Trujillo Tovar, Olga Trujillo de Bahamón , Luz Betty Trujillo de Medina y Gladys Trujillo de Sánchez, y el equivalente a 250 gramos oro a los srs. Rómulo Trujillo Polanco, Elcira Trujillo de Camacho, Sofía Trujillo de Cabrera, Cecilia Trujillo de Cuéllar y Esther Trujillo de Tovar. (fls. 116 a 138).

I.- ANTECEDENTES:

1° Mediante demanda presentada el 11 de Enero de 1.986 los señores arriba nombrados, a cuyo favor se ordena, por el sentenciador, pagar las indemnizaciones indicadas, solicitaron la declaración de responsabilidad que obtuvieron así como dichas condenas.

2° Como causa de tales pretensiones se alegó, en síntesis que el señor Arturo Trujillo Polanco falleció el 30 Diciembre de 1.983 a consecuencia de disparo que le propinó el agente de la policía Jairo Farfán Medina, para entonces Comandante de la Subestación de Policía de Tesalia y quien aparecía comprometido en delitos de hurto, alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado mayor, cometidos en una finca de propiedad del sr. Trujillo Polanco y por los cuales se adelantaba la correspondiente investigación penal.

Cuando el sr. Trujillo se encontraba esperando para rendir una declaración en dicha investigación antes el Juez 23 de Instrucción Criminal, en el segundo piso del edificio donde funciona la Casa o Palacio Municipal, se presentó el citado agente de la policía y por disparo por la espalda, con su arma de dotación oficial, al sr. Polanco quien falleció como consecuencia de la herida que se le ocasionó. El autor del disparo, bajó enseguida al primer piso de la misma edificación, donde tenía su sede la Subestación de Policía y con su arma se suicidó.

La cónyuge del sr. Trujillo, señora Arcelia Tovar de Trujillo y su hijo Jesús Hernán Trujillo, Tovar, estudiante de odontología, por ese entonces, sufrieron perjuicios materiales cuantiosos pues recibían ayuda económica de aquél. Ellos y los restante hijos, Carlos Arturo, Rosa Helena y Graciela Trujillo Tovar y Olga Trujillo de Bahamón, Luz Betty Trujillo de Medina y Gladys Trujillo de Sánchez, sufrieron también perjuicios morales, con la pérdida de su padre, lo mismo que los hermanos de éste, señores Rómulo Trujillo Polanco, Elcira Trujillo de Camacho, Sofía Trujillo de Cabrera, Cecilia Trujillo de Cuéllar y Esther Trujillo de Tovar.

3° Cumplido el trámite de rigor, el Tribunal Administrativo del Huila le dio término al proceso en la forma atrás anotada, decisión que fundamentó en las consideraciones que se resumen así:

a) En el proceso aparecen comprobados lo siguientes extremos: el matrimonio de la actora, sra. Arcelia Tovar con la víctima sr. Arturo Trujillo Polanco; el nacimiento de Carlos Arturo, Jesús Hernán, Rosa Elena, Graciela, Olga, Luz Betty y Gladys Trujillo Tovar, como hijos de dicho matrimonio, los sentimientos de hermandad entre la víctima y Rómulo, Elcira, Sofía, Cecilia y Esther Trujillo Polanco; los ingresos que percibía el sr. Arturo Trujillo Polanco en su actividad como agricultor y ganadero y el auxilio económico que con ellos proporcionaba a su esposa y a su hijo Jesús Hernán Trujillo Tovar, cuyos estudios universitarios pagaba y, las circunstancias en que se produjo el deceso del sr. Trujillo Polanco, como consecuencia del disparo que le hizo el Agente de la Policía Nacional sr. Jairo Farfán Medina con su arma de dotación oficial, sin que mediara provocación alguna y presumiblemente como venganza por una investigación penal que se adelantaba por robo de ganado en donde aparecía involucrado el homicida, quien luego se suicidó.

b) Los hechos demostrados, con prueba documental y testimonial, abundante, coherente y no desvirtuada, acreditan los tres elementos axiológicos de la responsabilidad de la Nación por falla del servicio (un servicio omitido, retardado, irregular), un daño y una relación de causalidad entre aquella y éste.

c) La existencia de la culpa o dolo personal del agente de la administración simultáneamente con la falla del servicio no exonera de responsabilidad a la administración, pues el agente abusando de los privilegiados de tal empleó el arma de que se le dotó para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos con fines contrarios a tales propósitos.

d) La cuantificación de los daños materiales causados por el agente de la administración (privación de la ayuda económica que la víctima prestaba a su esposa e hijo estudiante) se efectuó mediante experticio, en el cual los peritos tuvieron en cuenta los ingresos de aquél, su vida probable y la de la quienes se vieron afectados con su muerte, así como los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

e) Los perjuicios morales se infirieron del parentesco comprobado entre el occiso, su esposa e hijos y de los especiales lazos de confraternidad que lo unían con sus hermanos, demostrados estos últimos con declaraciones testimoniales que merecieron credibilidad al *a-quo*, por su precisión y la calidad de quienes las rindieron.

4º.Uno de los magistrados integrantes del Tribunal fallador salvó su voto por considerar que el accionar del agente de la Policía Nacional se produjo por fuera del servicio o sin conexión con él y constituyó una falta personal de aquel. Cuando ocurrió el hecho de la muerte del sr. Trujillo

Polanco la administración "no actuó; no estaba prestando un servicio de aquellos que le están asignados ..." "El agente de Policía JAIRO FARFAN, en un acto meramente personal y movido por intereses no sabemos de qué clase, pero de índole también netamente personal, disparó contra el sr. Trujillo Polanco cometiendo un delito de Homicidio cuyas consecuencias solamente a él le sean imputables" (fls. 138 a 143, C. 1).

5°. Por auto del 1°. de Septiembre de 1.989 el Tribunal a-quo ordenó consultar la sentencia por reunirse "las circunstancias" que de acuerdo con el artículo 184 del C.C.A. hacen imperativo "ese grado jurisdiccional". (fl. 146, C. 1).

6°. Tanto la parte actora como la demandada alegaron ante esta Corporación.

La primera considera que no ha debido tramitarse la consulta porque está establecida por la ley a manera de excepción y por consiguiente sólo para los casos taxativa y expresamente señalados en la ley, que no son otros que para providencias que impongan condenas "en abstracto", lo que no ocurre en el *sub-lite* en donde "la sentencia y condena fue precisamente en concreto" por lo cual "en el caso presente se está dando trámite a una consulta que considero con el debido respeto de inexistente". Y en cuanto al fondo del proceso, en su opinión debe confirmarse parcialmente la sentencia de primer grado por considerar acreditados los elementos configurativos de la responsabilidad estatal, haciendo hincapié en la falla del servicio para lo cual cita doctrina de la Sala contenida en fallo del 4 de Septiembre de 1.989 dentro del proceso del que fueran actores María Margarita Ramírez y otros. (Expediente No. 5331), y pide sólo que la providencia sea revocada "en el sentido de que los perjuicios morales se liquiden teniendo en cuenta la certificación expedida por el Banco de la República respecto al valor del gramo de oro para la fecha de ejecutoria de la sentencia y no para la fecha en que ésta se produjo. (fls. 157 a 167, C. 1).

La parte demandada, por su lado, manifiesta estar de acuerdo con lo expresado por el magistrado que salvó su voto, pues dice que "los hechos realizados por el agente JAIRO FARFAN MEDINA, en los que resultara muerto el señor ARTURO TRUJILLO POLANCO fueron totalmente ajenos al servicio de la policía. protagonizados como simple ciudadano y por ende al estado (sic) no le cabe ninguna responsabilidad" y advierte que aun cuando no le es desconocida "la nueva jurisprudencia" de esta Corporación "sobre la falla del servicio presunta de la administración cuando se demuestra el nexo instrumental como sucedió en el presente caso" sostiene que "es necesario tener en cuenta los motivos bajos e innobles que tuvo el agente FARFAN para acabar con la vida del señor TRUJILLO que sin duda alguna no pueden comprometer la responsabilidad estatal". Luego critica la valoración que hizo el Tribunal de los perjuicios materiales porque el Tribunal se basó en

varios testimonios para el cálculo de los ingresos mensuales de la víctima, pero que "no indican el monto de lo dejado de percibir por los demandantes" y expresa que el dictamen pericial, en el que se fundó el Tribunal, "no reúne las exigencias de las matemáticas financieras tradicionalmente aceptadas por las jurisdicción contenciosa, además de que no tuvieron en cuenta los señores peritos el hecho de que tanto la demandante como su hijo tenían sus propios ingresos y a las sociedades al fallecer el socio gestor quedaban en manos de ella y de sus hijos "por lo cual, para la libelista, no es cierto que "hayan quedado totalmente desprotegidos económicamente". Por ultimó, censura a la sentencia en cuanto reconoció perjuicios morales en favor de los hermanos de la víctima porque "los testimonios recepcionados para probar el afecto, ayuda mutua, convivencia es (sic) escaso, tanto que la mayoría de los declarantes ni siquiera sabían los nombres de los hermanos de la víctima". Por todo lo anterior, concluye solicitando que se revoque la sentencia consultada "y en su lugar sean negadas las peticiones de la demanda". (fls. 168 a 172, C. 1).

7°. El apoderado de los actores, en nuevo memorial, presentado cuando el expediente se hallaba al despacho para decisión sobre la consulta, censura que se le esté dando trámite a esta sin que hubiera sido ordenada en la sentencia del Tribunal *a-quo* y cuando el artículo 184 del C.C.A. no consagra este grado jurisdiccional "cuando la condena imponga a una obligación a cargo de cualquier entidad pública en concreto, pues, por el contrario, allí se menciona exclusivamente para la condenas en abstracto..." por lo cual pide que se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1°. La Sala comparte el análisis probatorio del *a-quo*, que como atrás se relató, lo llevó a encontrar demostrada la falla del servicio, el daño y la relación de causalidad entre aquélla y éste.

Sin perjuicio de las observaciones que formulará sobre la cuantía del daño, considera útil hacer las siguientes con ocasión de la tesis expuesta por el magistrado que salvó su voto según la cual no se dio, en el *sub-lite* falla del servicio sino un acto meramente personal del agente homicida, quien en el momento de los hechos no era "el representante de los intereses del conglomerado social, ni el guardián vigilante de la tranquilidad y seguridad pública" sino "el presunto responsable o cómplice (sic) de un delito que movido por intereses eminentemente personales quiso dejar en la impunidad privándole la vida a un distinguido ciudadano quien presumiblemente iba a dar luces a la investigación ..." (fl. 14, C. 1).:

Cuando se presenta una falla del servicio, es decir cuando la administración debiendo actuar, o no actuar, por mandato de la ley o porque de hecho asume una función, no lo hace o lo hace irregularmente y con ella

infiere un daño, compromete su responsabilidad y debe indemnizar los perjuicios que ocasione.

Como la administración actúa a través de seres humanos, que son sus personeros en cada caso, que ejecutan u omiten el hecho dañino, bien directa o indirectamente, puede suceder que el hecho del funcionario además de comprometer la responsabilidad de aquélla (la administración) comprometa la suya personal por ser culposo o doloso o por encuadrarse en alguno de los casos en los cuales la Ley civil garantiza el riesgo independientemente de si la ocurrencia del evento que ocasiona el daño provino o no de culpa o dolo (caso de los arts. 1732, 1735,2354 y 2355 del C.C.). Para los hechos en que interviene la culpa personal o el dolo del funcionario la legislación colombiana establece no solo la responsabilidad del funcionario, como persona (art. 77 del C.C.A.) sino también que el perjudicado pueda demandarlo conjuntamente con la administración y que sí prospera la demanda contra la entidad y contra éste y el funcionario y se considera que la entidad, satisfaga la condena, pudiendo repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere (art. 78 ib.), por lo cual es posible, además, que la entidad demandante o el actor, puedan vincular al funcionario, igualmente en su calidad personal, al proceso (art. 57 C. de P.C.), disposiciones que algún día la Sala quisiera ver adicionadas con alguna que no solo implique una facultad sino que imponga la obligación de tal vinculación procesal del responsable personal.

Pero, a parte de lo anterior, puede suceder que la falta del funcionario esté completamente desvinculada del servicio, no guarde nexo alguno con éste.

La jurisprudencia y la doctrina han realizado ingentes esfuerzos para determinar en qué consiste el mencionado nexo con el servicio, que tiene la virtud de comprometer a la administración en la indemnización debida a la víctima.

En un ensayo sobre la materia, de que es autor el abogado auxiliar de esta Corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, intitulado "La falla personal del funcionario Público en el Derecho Colombiano", próximo a ser publicado, se hace una cita del doctrinante francés Dové Rasy ("*Les frontiéres de la faute personnelle et de la faute del service en droit administratif francais.*", L.G.D.J., París, 1962, pag. 82), quien sostiene: "Será falla del servicio la falla que presente un nexo con el servicio, o, lo que es lo mismo, una falla que no esté desprovista de todo nexo con el servicio" y enseguida, este autor se preocupa por concretar cómo se determina, en cada caso, la existencia del nexo y siguiendo al mismo tratadista elabora un esquema que sirve de guía para dicha determinación, así:

NEXO CON EL SERVICIO

	a- Advinó el perjuicio en horas de servicio?	SI	NO
PERCEPTIBLE	b- Advino el perjuicio en el lugar del servicio?	SI	NO
	c- Advino el perjuicio con instrumento del servicio?	SI	NO
	d- El agente actuó con el deseo		
INTELIGIBLE	de ejecutar un servicio?	SI	NO
	e- El agente actuó bajo la impulsión del servicio?	SI	NO

Y anota, luego: "Si de la confrontación que se haga del caso concreto con el esquema anterior se observa que todas las respuestas son negativas, nos encontraríamos indefectiblemente ante una falla personal clásica, excluyente de aquella del servicio, precisamente por lo que éste no puede ser vinculado de manera alguna con la producción del perjuicio. Por el contrario, si mínimo hay una respuesta afirmativa, el nexo con el servicio, puede aparecer, debiéndose anotar que su aparición será más contundente en la medida en que el Juez pueda responder afirmativamente a más preguntas".

Del esquema surge que el nexo en cuanto perceptible o inteligible puede ser espacial o temporal o de ambas clases. Será de la primera especie cuando el hecho a través del cual se materializó el perjuicio advino o en el lugar donde éste se presentó o debía presentarse o con un instrumento dado por la administración para la ejecución de la labor propia del servicio; será de la segunda especie, cuando adviene en horas del servicio.

Pero ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de tales especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero si resultará que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio. Lo contrario sucede cuando el evento dañoso del funcionario ha sido cometido fuera del ámbito espacial o temporal del servicio, cuando entonces la primera inferencia del Juez será la de ausencia de nexo con el servicio inferencia, que naturalmente, puede ser contradicha por las pruebas que se alleguen y que lo lleven (al Juez) a la convicción de la falla de servicio

a pesar de que la presencia del nexo en los ámbitos espaciales y los temporales dentro de los cuales el hecho perjudicial aconteciera, no se encuentre.

Como ejemplos jurisprudenciales del primer caso (inferencia de la falla por la presencia del nexo con el servicio) podrían citarse numerosas providencias en donde se tiene en cuenta la realización del hecho en momentos en que el funcionario de la administración lo objetó cuando se encontraba prestando el servicio, utilizando fórmulas tales como "suficientemente probado está en los autos que el agente Chilatra se encontraba en servicio". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Junio 16 de 1.983, Exp. No. 3261, Actor: Carlos Arturo Preciado Vera, tomo 47 de los copiadores de la Sección 3ª , fl. 459), o "se demostró que el Agente de Policía Pedro Emilio López dio muerte al señor Antonio Bello Sepúlveda, en forma imprudente e irresponsable, en horas del servicio" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 17 de Septiembre de 1.982, Exp. No. 2959, Actor; Fabiola Gutiérrez viuda de Bello, Tomo 44 de los copiadores de la Sección 3ª, fl. 113) y antes, esta vez por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se expresó: "por ello la causa ocasional del hecho, o sea, el hallarse el soldado Martínez patrullando, armado, en la calle del Recreo, por haberlo destacado con tal fin el Comando del Batallón Palcé, no puede desvincularse del acaecimiento de que fué víctima Julio César Gómez Giraldo, sino que, por el contrario, debe ser considerada como causa indirecta del daño, que por tanto, compromete la responsabilidad de la Nación ..." (Sentencia de enero 30 de 1964 G.J. Tomo 106-107, pág. 529 y ss.).

Y el segundo caso (responsabilidad de la administración no obstante la ausencia de ámbitos espaciales o temporales del servicio), el citado ensayista trae en su trabajo, varias citas jurisprudenciales, dentro de las cuales la Sala destaca la sentencia de Abril 23 de 1.985, de esta Sección, proferida dentro del proceso en que fueron actores María del Socorro Ríos vda. de Zapata e hijos (Expediente No. 3484, Tomo 58 de los copiadores de la Sección Tercera, fl. 336) en donde se declaró la responsabilidad de la Nación-Mindefensa por muerte de policía a manos de dragoneante ebrio, que lo ultimó a sangre fría, por fuera del cuartel y en tiempo libre, en presencia de varias personas, providencia en donde se dijo; "Tampoco puede desvincularse el hecho del servicio para hablar de la culpa personal del agente, porque éste solo estaba en permiso para cumplir diligencia de carácter familiar (tenía problemas con su cónyuge)"; y también puede citarse a este propósito la sentencia de 27 de Abril de 1.989 (Expediente No. 4492, Actor: Olga Celis de Sepúlveda) en donde se encontró responsable a la misma entidad no obstante que el agente causante del daño se encontraba en su pueblo gozando de vacaciones.

Pero existe otro caso en el que la jurisprudencia encuentra que el nexo hace ya no inferir sino, aun más, presumir la falla del servicio, caso que se encuentra en los eventos en que la actuación del funcionario está vinculada

con un instrumento cuando éste "por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público... sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir" (C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Julio 31 de 1.989, Exp. 2852, Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez, caso en el cual los perjuicios se ocasionaron con arma de dotación oficial y, en fecha más reciente, la Corporación aplicó la misma presunción de falla del servicio cuando el instrumento que causó el perjuicio y fué usado por el funcionario reunía también condiciones de peligrosidad, como que se trataba de un vehículo automotor perteneciente a la persona pública demandada, sentencia de Diciembre 19 de 1.989, Exp. Nº. 4484, Actora: Rosa Helena Franco vda. de Bernal).

En otros casos, cuando el nexo no se relaciona con un "instrumento en sí mismo peligroso" pero sí con un instrumento del servicio, esta Corporación ha encontrado que la presencia de dicho nexo permite inferir la falla del servicio, a menos que del acervo probatorio resulta que el servicio nada tuvo que ver con el hecho, igual a como sucede en los casos del nexo espacial o del temporal. Pero es de advertir que aun en el caso de presunción de falla del servicio, esta puede ser desvirtuada con la prueba de fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Todo lo anterior sirve a la Sala para explicar el porqué de su acuerdo con la decisión del *a-quo* en cuanto a la declaración de responsabilidad del ente demandado por falla del servicio y su consiguiente desacuerdo con la tesis de quien salvo su voto en la primera instancia, y con la de la fiscalía de la Sala pues en el *sub-lite* se comprobó plenamente que en la ocurrencia de los hechos estuvo presente no sólo el nexo instrumental (arma de fuego oficial, razón por la cual, de paso se anota que el caso hubiera podido ser resuelto con aplicación de la teoría de la falla presunta) sino también los nexos espaciales y temporales sin que por otra parte aparezca prueba alguna que destruya las inferencias que resultan de la presencia de los dos últimos o la presunción que resulta de la presencia del primero (el instrumental).

2º. La Sala está también de acuerdo con la condena, consecuencial a la declaración de responsabilidad por falla del servicio, al pago de perjuicios materiales en favor de la viuda y uno de los de quien pereció por el acto del agente de policía, Sr. Jairo Farfán Medina y de morales para estos mismos y además para el resto de los hijos y para los hermanos de la víctima, pero, en relación con la cuantificación del daño material deberá modificar las condenas impuestas, por las razones que pasan a expresarse.

El tribunal *a-quo* acogió sobre el particular que se examina el experticio practicado, en donde los peritos, habiendo encontrado demostrados los ingresos mensuales de la víctima en su actividad como ganadero y agricultor y que con ellos subvenía a sus propias necesidades y a las de su esposa e hijo

estudiante universitario, consideró que durante los cuatro años que le faltaban al último para terminar sus estudios profesionales (odontología) e iniciar su trabajo profesional, recibía el 33% de aquellos ingresos y que la viuda recibiría durante esos mismos cuatro (4) años un 33% y durante los restantes diez de vida probable de la víctima (ésta era mayor que la cónyuge y al momento de su muerte accidental, de acuerdo con las tablas actuariales de mortalidad, tenía una vida probable de 14 años más) recibiría el 50% de los mismos ingresos, por considerar los expertos que terminada la ayuda económica al hijo se acrecería la de la cónyuge hasta ese 50%. En esto anduvieron descaminados los técnicos pues lo que ha inferido la jurisprudencia es que la prueba de la vida en común de los cónyuges e hijos y de su dependencia económica del muerto, se infiere que éste dedicaba el 25% de sus ingresos para sus necesidades propias y el 75% restante para los de su cónyuge e hijos menores o dependientes, en proporción del 50% para el o la primera y el otro 50% para el o los segundos; es decir que en esto se quedaron cortos los técnicos y el *a-quo*, pues proporcionalmente han debido estimar un porcentaje mayor de los ingresos, tanto para la viuda, durante todos los 14 años de vida probable como para el hijo durante los 4 años citados. Sin embargo, aquí nada puede hacer la Sala como quiera que conoce del asunto en grado de consulta únicamente, por lo que no puede hacer más gravosa la posición de la entidad pública en cuyo favor está instituido dicho grado.

Pero es que la anunciada inconformidad de la Sala se relaciona también con la manera como los peritos actualizaron la condena al pago de perjuicios materiales, actualización que por lo demás fué solicitada por los actores. En efecto, en cuanto al lucro cesante pasado, o vencido, es decir por el período comprendido entre la fecha de la muerte accidental y la fecha de la peritación, el cálculo de la actualización lo efectuaron con base en las siguientes consideraciones y forma: "Como el fenómeno de devaluación de nuestra moneda determina diferencia cuantitativa entre el peso considerado al 31 de Diciembre de 1.983, fecha de la causación del perjuicio, y el mismo peso considerado en la actualidad (se refieren al mes de Enero de 1.988), es necesario aplicar los criterios aceptados ya por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, según los cuales es menester incrementar el peso del pasado con el porcentaje de devaluación que corresponde al tiempo corrido hasta la indemnización lo hasta el momento del concepto, por lo menos, de los peritos). Y como se supone que el dinero produce una tasa de interés fijo (lucrativo o puro), al porcentaje de devaluación se le agregará un 6% anual que corresponde a dicha tasa". Partiendo de estas premisas, los peritos encontraron que de acuerdo con certificación del Dane que aparece al folio 63 del cuaderno 2, entre el 31 de Diciembre de 1.983 y el 31 de agosto de 1986 "el nivel de inflación, y por lo tanto de pérdida del poder adquisitivo interno del peso fué de 61.68, lo que nos da un promedio anual del 23% , porcentaje que, entonces, tomaron y al cual le agregaron el 6% que en el período corrido entre la muerte del sr. Trujillo Polanco y la elaboración del dictamen, (4 años), lo que les dio un total de 116%, que fué la tasa que les sirvió para actualizar

para el período vencido el lucro cesante correspondiente al hijo y a la cónyuge, para un total de $17.107.200.oo para cada uno.

Para calcular el lucro cesante futuro de la cónyuge, los expertos procedieron tomando un 50% de los ingresos mensuales del causante, equivalente a $250.000.oo más el 29% anual de corrección monetaria y a esta cantidad ($256.050.oo) le aplicaron la fórmula:

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

en donde a **n** le dieron el valor de 120 meses, vida probable del sr. Trujillo y a i, el 0.5% mensual, como "tasa de interés puro", de todo cual resultó una indemnización de $23.063.308.oo, en favor de la Sra. Arcelia Tovar, la viuda del Sr. Trujillo.

Los cálculos anteriores están errados, como puede apreciarse a simple vista, porque la corrección monetaria con referencia a ingresos provenientes de un trabajo no se estima con fundamento en la desvalorización del peso colombiano con relación a alguna moneda sino con relación a la variación del Indice de Precios al Consumidor, en un período dado y no por el sistema de porcentajes acumulados, para cuyo efecto se toma el citado índice en el mes y año de la sentencia en concreto o del incidente regulador si aquella se pronunciare en abstracto y se divide por el índice del mes y año de la causación del perjuicio y el factor así obtenido se multiplica por el capital o la suma que se actualiza, que no es otro que el porcentaje del ingreso mensual que correspondiere al demandante a cuyo favor se profiere la sentencia. Por esto, en general, no es necesaria la práctica de una peritación, sino que probados los ingresos de la víctima y la vida probable de ésta en relación con quienes la sobreviven, así como la dependencia económica de éstos con aquélla, le basta al juzgador aplicar las fórmulas matemáticas que al efecto existen.

Obtenida la suma actualizada, en la forma anotada, se calcula la indemnización vencida o consolidada con aplicación de la fórmula:

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

S = suma o indemnización que se busca

Ra = renta mensual actualizada

i = interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867 mensual, pero como se trabajó no con 100 sino con 1, en la fórmula ese interés se representa como 0.004867.

n = mensualidades que comprende el período indemnizatorio; que en el sub-lite serán 79 meses (Diciembre/83 a Julio/90).

La indemnización futura se calcula a su vez con aplicación de la fórmula:

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

, en donde:

Ra es la misma suma actualizada para el cálculo de la indemnización vencida, n el tiempo presente de vida probable.

Como ya se dijo que el porcentaje de ingresos mensuales de la víctima que, a falta de prueba en contrario, destinaba al sostenimiento de su hijo y hasta la terminación de sus estudios universitarios, según el a-quo era 33% (el cual no se puede aumentar por la Sala debido a que ésta conoce del caso en grado de consulta) y como el ingreso mensual del occiso se demostró que ascendía a $500.000.oo, se tienen que Ra es

$$165.000 \frac{\text{Ind. en Julio/89}}{\text{Ind. en Diciembre/83}}$$

De acuerdo con publicaciones del Departamento Nacional de Estadística el índice de precios al consumidor (empleados, dada la categoría de la víctima) en Diciembre/87 fué 78.34 y el mismo en Diciembre/83 fué 36.49 (Aquí la Sala tiene en cuenta que a partir de Enero de 1989, el DANE oficializó el nuevo índice de precios al consumidor, que para fines de comparabilidad se empalma con el de base antigua).

A.- Así pues, la indenmización correcta que correspondería al Sr. Jesús Hernán Trujillo Tovar, por el período comprendido entre la muerte de su padre y la terminación de sus estudios universitarios, será de:

$$165.000.00 \times \frac{12.7}{296.5} \text{ ó } 452.261.38 \times \frac{(1+0.004867)^{48} - 1}{0.004867}$$

= 24'387338.47

Como la suma así obtenida es mayor a la reconocida por el a-quo y la Sala conoce de la sentencia en grado de consulta, no podrá modificarse lo decidido en primera instancia.

En cuanto a la cónyuge sobreviviente, el cálculo debe ser el que sigue (también teniendo en cuenta que por haber llegado el caso en consulta, para los primeros cuatro años el cálculo del porcentaje de renta con el que la víctima contribuía al sostenimiento de su cónyuge, que el a-quo estimó en un 33%, tampoco se variará):

B.- Indemnización para la señora Arcelia Tovar de Trujillo

a) Primeros 4 años (Dic./83 a Dic./87):

$$165.000.00 \times \frac{812.7}{296.5} \text{ ó } 452.261.38 \times \frac{(1+0.004867)^{48} - 1}{0.004867}$$

= 24'387338.47

b) De Enero/88 a Junio/90.

$$192.500.00 \times \frac{812.7}{296.5} \quad 527.549,31$$

$$527.549,31 \times \frac{148.53}{100} \quad 783.569,00 \times \frac{(1+0.004867)^{30} - 1}{0.004867}$$

= 25'243.896,23

c) De Julio/90 a Junio/98 (termino de vida probable) (96 meses, de indemnización futura o anticipada).

$$192.500 \times \frac{812.7}{296.5} = 527.549,31$$

(Indice final hasta Dic./88, cuando el DANE estableció nuevo índice)

$$527549,31 \times \frac{148.53}{100} = 783.569,00$$

$$783.569,00 \times \frac{(1+ 0.004867)^{96} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{96}}$$

$$= 59'979.917,10$$

La suma de los dos conceptos, o sea la cantidad $109.611.151,80, corresponde al valor que deberá pagarse a la Sra. Arcelia Tovar de Trujillo por concepto de los perjuicios materiales que se le causaron como consecuencia de la muerte violenta de su esposo, Sr. Arturo Trujillo Polanco a manos del agente de la Policía Nacional Sr. Jairo Farfán Medina pero que por resultar mayor a la reconocida por el a-quo y conocer la Sala del caso en consulta, deberá confirmarse lo decidido por el Tribunal de primera instancia, como se dijo para el caso anterior.

3º. Una última observación considera pertinente hacer la Sala respecto de los perjuicios materiales y en relación con la objeción que hace la procuradora judicial de la entidad demandante cuando objeta que el Tribunal a-quo se hubiera fundamentado para su reconocimiento en un dictamen pericial en el que los expertos, aparte de no haber hecho sus cálculos respetando "las exigencias de las matemáticas financieras ... no tuvieron en cuenta ... el hecho de que tanto la demandante como su hijo tenían sus propios ingresos y que las sociedades al fallecer el socio gestor quedaban en manos de ella y de sus hijos significa entonces que no es cierto que los demandantes hayan quedado totalmente desprotegidos económicamente".

La Sala discrepa de lo transcrito porque en la tesis subyace una premisa mayor inaceptable en materia de indemnización de perjuicios, a saber: ésta no procede cuando los perjudicados tienen ingresos propios o cuando ellos son socios de las sociedades de las que el causante percibía ingresos, pues, en tales eventos, los perjudicados no quedan desprotegidos.

No; la indemnización de perjuicios no tiene la finalidad de proteger económicamente a quien por el acto dañino de otro quedaría en circunstancias materiales difíciles sino que filosóficamente está encaminada a restituir el patrimonio del perjudicado con un acto ilícito a las condiciones que aquél tenía antes de la ocurrencia del daño.

Los procesos de responsabilidad tienen por objeto tutelar un interés, que como tal, constituye para la persona un bien que cuando es atacado, vulnerado, debe ser indemnizado, precisamente por consistir, en eso, en tal evento, la tutela dispensada por el derecho.

"Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico) en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción" (El Daño, A. de Cupis, Ed. Bosch, Barcelona, 1.975, pág. 109. Subrayas del texto).

Ese interés defendido es todo bien, material o moral que haga parte del patrimonio de una persona y su defensa, cuando se afecta por actos ilícitos de terceros, está representado por el resarcimiento del daño así causado, resarcimiento que tiene una finalidad reparatoria y, en ciertas legislaciones, además, sancionatoria (y por ello se habla de indemnización compensatoria e indemnización penatoria o punitiva).

Así entendidas las cosas, no puede concebirse una reparación solo hasta el límite necesario para que el afectado subsista bajo ciertos niveles económicos y será difícil encontrar alguna norma que establezca una restricción de esa clase; por el contrario, sí se hallarán normas, multitud de ellas, encaminadas a que se logre un restablecimiento total, íntegro, del patrimonio injuriado, ni en más pero tampoco en menos de lo que lo integraba. Así el art., 2356 del C.C. dice que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta de donde se ha entendido que la indemnización debe comprender el daño material y el moral; el art. 2342 ib. establece que no sólo el dueño o poseedor de la cosa dañada puede pedir la indemnización sino también el usufructuario, habitador o usuario, es decir, como lo ha entendido doctrina y jurisprudencia, cualquiera a quien se le irroge algún daño, el 1613 ib. a su vez manda que la indemnización incluya el daño emergente y el lucro cesante y el art. 1616 ib. exige la reparación de los perjuicios que sean consecuencia directa del hecho dañino, de donde lógicamente se ha deducido, por una parte, que los indirectos, es decir, los que se hubieran producido aún sin él, no son indemnizables pero sí lo deben ser todos los que guardan relación cierta y necesaria de causalidad con aquel hecho.

Y el sentido reparador de la indemnización ha llevado a la Corte Suprema de Justicia y a esta Corporación a admitir la posibilidad de la indexación o

corrección monetaria de su quantum, de manera que el perjudicado reciba lo que efectivamente le corresponde y no menos por razón del fenómeno de pérdida del valor adquisitivo de la moneda, siendo sólo discutible si el Juez de la causa puede ordenarla de oficio o si requiere petición de parte y cuál sería la oportunidad de ésta, si en el momento de demandar o si al provocarse la liquidación de la condena in genere o si, finalmente, al cobrarse la indemnización, puntos estos últimos en los que la jurisprudencia todavía no ha logrado unificarse.

4º. En cuanto a los perjuicios morales la parte demandada expresa en su alegato de conclusión que la sentencia los decretó a favor de los hermanos de la víctima sin que se reunieran los requisitos de prueba del especial afecto que entre ellos y la víctima existían o de convivir bajo un mismo techo.

Sin embargo, las declaraciones recogidas durante el proceso (testimonios de Víctor Félix Quintero, fls. 60 a 62 vlto.; Alfonso Medina Manrique, fls. 62 vlto. a 65; Héctor Alvarez Alvarez, fls. 66 y 67 ; y Rafael Borrero Hoyos, fls. 67 a 69) conducen todas a indicar que entre la víctima y sus hermanos reinaban especiales vínculos afectivos, como que se trataba de una familia en la cual aquél venía a ser figura patriarcal a la cual recurrían en busca frecuente de ayuda en las necesidades y de consuelo en las naturales aflicciones de la vida.

5º. Por último, en lo relativo a la equivalencia en pesos colombianos de los gramos de oro correspondientes a los perjuicios morales esta Corporación en forma constante ha expresado que su valor en dicha moneda debe hacerse con base en la certificación que sobre su precio para la fecha de ejecutoria de la sentencia expida el Banco de la República y así debe entenderse el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia consultada.

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 proferida el treinta y uno (31) de Junio de mil novecientos ochenta y nueve (1.989) por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso referido, debiendo tenerse en cuenta que el valor del gramo de oro en Moneda Colombiana será el que corresponda a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de acuerdo con certificación que expida el Banco de la República.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 12 de julio de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala. Ausente, *Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo De Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD Y EXTRACONTRACTUAL. JURISDICCION ORDINARIA

Los hechos en que se sustenta la demanda se originan en la prestación de un servicio que corresponde a la actividad industrial o comercial de la entidad demandada, pues no existe norma de jerarquía legal que califique tal actividad como función administrativa, independientemente del hecho de que quien la preste sea una entidad pública o privada. Por tal motivo, habrá de aplicarse la regla general en materia de jurisdicción, según la cual la jurisdicción competente para conocer del litigio en cuestión será la ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente Nº. 5385 (311) Actor : *Luis Enrique Gallo Orozco y otros.*

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor, contra la decisión de Marzo 12 de 1988 del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"Declarar nulo todo lo actuado a partir del auto de Agosto 1 de 1985, Inclusive.".

ANTECEDENTES

1. Mediante acción instaurada el 19 de julio de 1985, y en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 82 y 131 del decreto 01 de 1984, el actor demandó a la Empresa Antioqueña de Energía S.A., ante la jurisdicción contencioso administrativa, para que se declarase que dicha empresa era responsable de las lesiones padecidas por el Sr. Luis Enrique Gallo Orozco, y para que fuese condenada a reconocer los perjuicios materiales y morales correspondientes.

2. Surtido el procedimiento correspondiente, y luego de que la Fiscalía recomendase un fallo favorable a las peticiones de la demanda, el Tribunal dijo lo siguiente:

"Sin embargo situaciones como las que se debaten no corresponden a esta jurisdicción definirlas y para ello basta consignar antecedentes.

"En el juicio instaurado por Julio César Garcés Vargas y otros contra el Municipio de Turbo y Electrificadora de Antioquía S.A., hoy Empresa Antioqueña de Energía S.A., radicado 17.552 y en un caso exactamente similar, como que se discutía una falla en el servicio por el mal sostenimiento en las líneas de conducción y distribución de energía eléctrica, el Tribunal Administrativo de Antioquia con ponencia del Magistrado Gustavo García Moreno y en providencia del 9 de mayo de 1986 condenó al Municipio de Turbo al cubrimiento de perjuicios morales y materiales a favor de los actores y negó las pretensiones en lo que hacía referencia a la Empresa Antioqueña de Energía S.A., bajo el razonamiento de que ésta no tenía que responder por los hechos cuya imputabilidad se le predicaba, al entenderse de que era la municipalidad y conforme a un contrato suscrito, la encargada de atender al mantenimiento de los cables.

"El Consejo de Estado en providencia del 25 de julio (sic) de 1987 con ponencia del Consejero Antonio de J. Irisarri Restrepo y al confirmar el fallo de primera instancia lo revocó en cuanto a que se negaba responsabilidad a la Empresa de Energía S.A., con estos considerandos que se transcriben:

""Por último, la sentencia consultada deniega las pretensiones formuladas en la demanda en contra de la Empresa Electrificadora de Antioquía S.A., hoy Empresa Antioqueña de Energía S.A.".

""Según certificado de la Cámara de Comercio de Medellín que se lee a folios 175 del expediente, la Empresa Antioqueña de Energía S.A., es una sociedad de responsabilidad anónima con las características propias de una sociedad comercial e industrial del Estado. Por consiguiente, el régimen jurídico de sus actos y hechos y la competencia para conocer de las controversias que en ellos se originen, están sujetos a las reglas del derecho

privado y a la jurisdicción ordinaria, a tenor del art. 31 del Decreto Ley 3130 de 1968."

""En consecuencia, habrá de revocarse el fallo, por cuanto la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para juzgar los actos y hechos derivados del objeto comercial de la mencionada sociedad."

"En providencia del 11 de diciembre de 1987 ponencia del Magistrado Humberto Cárdenas Gómez y en el juicio de reparación directa de Magdalena Cadavid de Giraldo y otros contra las Empresas Públicas de Medellín y la Empresa Antioqueña de Energía y en cuanto a esta última se dispuso lo siguiente:

"Pero, excluidas las Empresas Públicas del proceso, por razón de la cosa juzgada - hechos de los demandantes - desaparece, obviamente, el riesgo de la división de la dicha continencia y queda ante el despacho, como única demandada, la Empresa Antioqueña de Energía. Fue incorporado a los autos -folios - 67 - el certificado de existencia y representación de esta empresa. Allí se dice que se trata de una compañía de naturaleza comercial e industrial del Estado, constituida bajo la forma de las anónimas. (Vale la pena recordar que el art. 139 del Decreto 01 de 1984 exime a los interesados de demostrar la existencia y representación de la entidades de derecho público)".

""El hecho -que se atribuye a la referida Empresa Antioqueña de Energía no ocurrió cuando ésta ejecutaba un trabajo público, esto es, construía la infraestructura necesaria para llevar a cabo una presa de energía, por ejemplo, sino, precisamente, cuando desarrollaba su objeto social de comprar, vender y distribuir energía eléctrica. Debe concluirse entonces que la competencia para conocer de la presente controversia es de los jueces ordinarios, de conformidad con lo que estatuye el art. 31 del Decreto 3130 de 1968. La decisión con respecto a ella será, en consecuencia inhibitoria."

""Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realizan para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley son actos administrativos.".(fs. 175, 176 y 177 C. 1).

LA VISTA FISCAL.

En su informe, la Fiscal 2a. de esta Corporación considera que en el caso estudiado, por tratarse de un servicio de energía que corresponde a las actividades comerciales que la Empresa demandada desarrolla dentro de su

objeto social, la competencia para conocer del conflicto suscitado es de la justicia ordinaria. Por consiguiente, solicita a la Sala se confirme la providencia impugnada.

Para resolver se,

CONSIDERA

El tema materia de análisis ha sido ampliamente debatido por la jurisprudencia colombiana, tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Suprema de Justicia, entidades ambas que han llegado a conclusiones similares en cuanto se refiere a la jurisdicción competente para conocer de los litigios en materia de responsabilidad extracontractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En efecto, además de las sentencias citadas por el Tribunal en su decisión, y que corresponden a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en oportunidades anteriores, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia (Marzo 29 de 1990), ponente Dr. Rafael Romero Sierra), lo cual la Sala comparte en su integridad:

> "1.- De conformidad con el principio general contenido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil a la jurisdicción ordinaria corresponde "... todo asunto que no esté atribuido por ley a otras jurisdicciones"; y el artículo 16 *ibídem*, al determinar la competencia de los jueces del circuito establece en su regla primera que a ellos corresponde conocer de los procesos contenciosos".... en que sea parte la Nación, un Departamento, una Intendencia , una Comisaría, un Municipio, un *establecimiento público, una empresa industrial o comercial de algunas de las anteriores entidades*, o a una sociedad de economía mixta, *salvo los que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa*"; a su turno, el artículo primero del Código Contencioso Administrativo dispone que los procedimientos administrativos "... se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, *cuando unos y otras cumplan funciones administrativas*. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de 'autoridades"'; y el artículo 82 *ibídem* determina que la jurisdicción contencioso administrativa está "... instituida para juzgar las controversias *originadas en actos y hechos administrativos* de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas", la que se ejercerá por "... el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución Política y la Ley". (Subrayas de la Sala)."

"2.- Los Decretos Leyes 1050, 3130 y 3135 de 1968 regulan de manera general el régimen de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, así como también de las sociedades de economía mixta constituidas o integradas con su participación.

"Según el artículo sexto (6o.) del Decreto 1050 de 1968 las empresas industriales y comerciales del Estado son "organismos creados por ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley", que tienen además personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

"De acuerdo con el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 "por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional" los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia; y aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.

"3.- La doctrina, por su parte, ha enseñado que "las empresas Industriales y comerciales del Estado, han sido previstas, como ya se dejó dicho, para adelantar actividades en el campo empresarial, ya sea en situación de monopolio, o en régimen concurrente con particulares. Teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades asignadas, parece normal que los actos que expidan o cumplan las empresas se sujeten al derecho privado. No obstante, las empresas del Estado, a más de las actividades industriales y comerciales, pueden tener encomendado el ejercicio de funciones estatales. Por tal razón, el régimen aplicable a los actos que para el cumplimiento de esas actividades y funciones realicen, será en unos casos de derecho privado y en otros de derecho público.

"Evidentemente, cuando se trata de actos expedidos por tales empresas en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y será competente para conocer de ellos la jurisdicción ordinaria. Cuando los actos se realicen para el cumplimiento de funciones administrativas que a estas entidades haya encomendado la ley, están sujetos al derecho público, son actos administrativos y contra ellos proceden los recursos gubernativos previstos en las leyes, y la competencia jurisdiccional para conocer de ellos corresponde al juez administrativo" (Las Entidades Descentralizadas - Alvaro Tafur Galvis - 3a. Edición-impreso por Montoya y Araújo Ltda. págs. 144 y 145).

"4.- La misma fuente procedentemente citada puntualiza que el estudio del régimen administrativo de las entidades descentralizadas implica la revisión de las reglas aplicables a su organización y estructura, a la creación de cargos y a la delegación de funciones que puede preverse para asegurar el cumplimiento de ellas, recordando que los mencionados Decretos 1050 y 3130 de 1968 indican las pautas a las cuales se ha de acomodar la organización interna. Según ellas, en los establecimientos públicos y en las empresas industriales y comerciales del Estado deberán existir como órganos superiores de dirección y administración, una junta o consejo directivo, gerente o presidente; así mismo se establecen los niveles superior, medio y regional.". (Derecho Colombiano págs. 448, 449 y 450.).

Termina la Corte afirmando lo siguiente:

"Por cuanto no milita en el proceso, ni puede deducirse de las pruebas incorporadas al plenario que el hecho ..... se hubiese producido en desarrollo o en cumplimiento de las actividades administrativas a que se refieren los decretos 1050 y 3130 de 1968.....; así las cosas, siguiendo el principio general consagrado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil debe concluirse que por no estar atribuido este litigio a otra jurisdicción , ni haberse producido el hecho que lo suscita en desarrollo o cumplimiento de una actividad administrativa, su conocimiento y decisión corresponden a la jurisdicción ordinaria".

Además de lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, la Sala considera necesario efectuar algunas precisiones. La decisión del legislador al expedir en 1968 el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (Decretos 1050 y 3130) no fue fortuito y reflejaba una clara decisión política en cuanto a la organización que debe tener de la administración pública. Su deseo, expresando nítidamente en el artículo 6º. del Decreto 1050 y ratificado en el 31 del decreto 3130, fue el de que los actos y hechos de tales empresas, en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, estuviesen sujetos a las reglas del derecho privado, por contraposición a los actos y hechos de otras entidades descentralizadas. Ambas disposiciones son claras en tal sentido, así como en su deseo de que lo anterior fuese la regla general, con las solas excepciones que consagra la ley, excepciones que por lo mismo habrán de estar claramente consignadas en ésta. Así , las funciones administrativas que les sean atribuidas a las empresas industriales y comerciales del Estado, lo habrán de ser de manera específica, de tal manera que no quede duda en cuanto a la naturaleza de la función, así como en lo referente al alcance de la misma. Y solamente los actos y hechos que tales empresas realicen, en desarrollo de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, serán administrativos y serán juzgados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el caso presente, es claro que los hechos en que se sustenta la demanda se originan en la prestación de un servicio que corresponde a la actividad industrial o comercial de la entidad demandada, pues no existe norma de jerarquía legal que califique tal actividad como función administrativa, independientemente del hecho de que quien la preste sea una entidad pública o privada. Por tal motivo, habrá de aplicarse la regla general en materia de jurisdicción, según la cual la jurisdicción competente para conocer del litigio en cuestión será la ordinaria.

Y por ser la falta de jurisdicción, en este caso, causal insaneable de nulidad, se confirmará el auto recurrido.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que la anterior providencia fue aprobada en sesión de fecha 12 de julio de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo De Greiff Restrepo, Julio Cesar Uribe Acosta,*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS

En el caso de las acciones indemnizatorias con ocasión de trabajos públicos no es necesario probar la falta o falla del servicio. Para obtener el resarcimiento del perjuicio en este tipo de controversia, bastará acreditar el título en virtud del cual se presentó el actor (propietario, arrendatario, habitador, etc.) y la ocurrencia del daño producto del trabajo público. La propiedad del bien, si se demanda a título de dueño, se prueba con la escritura pública de adquisición, con las constancias de registro. Cuando la indemnización sea por ocupación permanente, además de la escritura pública deberá adjuntarse el certificado de la Oficina de Registro sobre tradición y libertad del inmueble.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº. 5492 Actor : Juana Velasco Caicedo de Grueso.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de Mayo de 1.988 dictada por el tribunal administrativo del Valle, mediante la cual se dispuso:

" 1º. DECLARASE al Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados al inmueble de propiedad de la señora JUANA VELASCO DE GRUESO, localizado en la calle 4a.B. con carrera 49 Barrio El Jorge, de la ciudad de Buenaventura, al haber ordenado la ejecución de obras en Octubre de 1.983, que afectaron al inmueble.

" 2º. Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENASE al Municipio de Buenaventura a pagar a la señora JUANA VELASCO DE GRUESO, o a quien sus derechos represente, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, la suma que se determine de conformidad con las bases dadas en este fallo.

" Los perjuicios se tasarán con sujeción al incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Y lo dispuesto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

" La cantidad que se reconozca devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del auto que lo concrete, y moratorios después de este término (Art, 177, inciso 5º del Código Contencioso Administrativo)

" 3º. No se hace condenación por perjuicios morales con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

" 4º. El Municipio de Buenaventura, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 173, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo."

En la demanda la señora Velasco de Grueso solicita:

1) Que se declare la responsabilidad del municipio de Buenaventura por los daños y perjuicios ocasionados al inmueble localizado en la calle 4B con la carrera 49 barrio El Jorge de dicha ciudad, de propiedad de la actora, por haber ordenado la construcción de obras en dicho predio de una manera arbitraria e ilegal ocasionando daños en la propiedad. Los hechos ocurrieron en el mes de Octubre de 1.983

2) Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al municipio de Buenaventura al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la demandante.

3) Que se actualice la condena

4) Subsidiariamente solicita se condene *in genere*.

En la demanda se narran los hechos que a continuación se sintetizan, así:

1) La demandante es propietaria de un lote de terreno ubicado en el barrio El Jorge de la ciudad de Buenaventura, en donde en el mes de octubre de 1.988 se hallaba adelantando obra de "gran envergadura" a través de la firma de ingenieros Mendoza Cheng, cuando debido a irrupción abrupta de obreros de la C.V.C., quienes argumentando orden de la alcaldía municipal para construir un colector de aguas negras, destruyeron pilotes, vigas, zapatas y la construcción en general, le tocó interrumpirla.

2) Los obreros de la C.V.C. se respaldaron en la resolución 067 de 13 de Octubre de 1.983, proferida por la alcaldía de Buenaventura, mediante la cual se ordenaba la limpieza del "Box Coulverth" ubicado en la entrada principal del barrio El Jorge y se conminaba a la actora con multa de $50.000.oo convertibles en arresto, si se oponía a los trabajos. Dicha resolución sólo fué objeto del recurso de reposición y se manifestó en su texto que había sido notificada personalmente.

3) En el mes de Julio de 1.984 la señora Velasco de Grueso hizo reclamación formal a la C.V.C. por la construcción del canal de aguas lluvias en su predio y dicha corporación le contestó el 11 de Septiembre del mismo año que la limpieza había sido adelantado por orden de autoridad competente, de la que ella no había sido más que una simple ejecutora.

4) Previa licencia de construcción de la oficina de planeación municipal, la demandante estaba levantando una edificación por conducto de la firma de ingenieros Mendoza Cheng, por un monto de $4'047.525.oo el cual se vio incrementando en $1'076.719.oo por las obras adelantadas por la C.V.C. Debido a la escasez de terrenos aptos para la construcción en el lugar donde se encuentra el de la accionante, se utilizan pequeñas porciones de tierra para realizar grandes edificaciones y ello explica el porque se contrató con una firma especializada de ingenieros.

5) La interrupción de la construcción le representó a la señora de Grueso una pérdida de $50.000.oo mensuales, dejados de percibir por concepto de arrendamientos, además de lo cancelado a la firma Mendoza Cheng que con el lucro cesante llega a la cantidad de $4'000.000.oo

6) La construcción se hallaba en plena ejecución, afirmación que se comprueba con los diferentes recibos de materiales y de pago de mano de obra los cuales se adjuntan a la presente.

El *a-quo* accedió a las súplicas de la demanda, porque:

1) Se plantea en el *sub lite* una acción de indemnización por trabajos públicos.

2) En el caso presente no era necesario demandar también a la C.V.C. por cuanto se entendía que ella estaba actuando a nombre del Municipio de Buenaventura, quien le dio la orden respectiva.

3) En el expediente está plenamente demostrada la relación de causalidad entre el daño y el trabajo público.

El señor apoderado del municipio de Buenaventura solicita en la sustentación de su apelación que la sentencia se modifique llamando a responder a la C.V.C., ya que ella actúo en forma libre y autónoma y por lo tanto es responsable de su conducta.

El señor Fiscal Séptimo de la Corporación solicita sea revocada la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda, por cuanto no se probó la falla de la administración, ya que, muy por el contrario, de los autos se infiere que fué la misma actora quien excediéndose en su derecho de dominio afectó el de la comunidad.

SE CONSIDERA:

Observa en primera lugar la Sala que la demanda adolece de serios vicios formales, a saber:

1) No precisó la acción incoada. En el poder (fl. 1 C.1) se dice que el poderdante queda facultado para " solicitar el resarcimiento económico derivado de la responsabilidad civil extracontractual"; lo que hace suponer que la acción es de reparación directa.

De acuerdo al numeral 1 del acápite "I. DECLARACIONES Y CONDENAS" de la demanda (fl. 67 C. 1) y los hechos 2º y 3º de la misma (fl. 67 vto. C.1) se infiere que la acción es de restablecimiento, por cuanto se está fundamentando el perjuicio en actos administrativos, lo que se corrobora en el `párrafo denominado "PROCEDIMIENTO", en donde se determina que el "solicitado es el ordinario" (fl. 69 C.1), instrumentación vigente para aquel tipo de acciones con anterioridad al 7 de Octubre de 1.989, ya que los procesos de reparación directa tenían el trámite especial de los artículos 217 y siguientes.

2) En el escrito introductorio se fundamenta la acción en lo "previsto en la ley 167 de 1.941" (fl. 67 C.1), la que a la fecha de presentación de aquél, 21 de Agosto de 1.985 (f. 69 vto. C.1), estaba subrogada por el decreto 01 de 1.984.

Sin embargo interpretando la demanda con criterio finalista se puede entender que la acción es de reparación directa con ocasión de trabajos públicos y así lo entendió el *a-quo*.

Salvado los obstáculos de orden formal para emitir sentencia de fondo, la Sala considera:

Es bien sabido que en el caso de las acciones indemnizatorias con ocasión de trabajos públicos no es necesario probar la falta o falla en el servicio. Para obtener el resarcimiento del perjuicio en este tipo de controversia, bastará con acreditar el título en virtud del cual se presentó el actor (propietario, arrendatario, habitador, etc.) y la ocurrencia del daño producto del trabajo público. La propiedad del bien, si se demanda a título de dueño, se prueba con la Escritura Pública de adquisición, con las constancias de registro. Cuando la indemnización sea por ocupación permanente, además de la Escritura Pública deberá adjuntarse el certificado de la oficina de Registro sobre tradición y libertad del inmueble.

En el caso *sub judice* el certificado de tradición y libertad que obra el expediente presenta una antigüedad de 25 años, ya que fué expedido el 1 de Julio de 1.965, lo que plantea dudas si en la actualidad la demandante es propietaria del bien afectado. (fl. 26 vto. C.1). No obstante esto, nadie alegó ni demostró lo contrario.

Además de lo anterior en el proceso no aparece prueba que demuestre el daño que sufrió la edificación de la demandante con la supuesta orden de construcción del "colector de aguas negras", tal como se afirma en la demanda. Muy por el contrario existe un acto administrativo, la resolución 067 de 1.983 (fl. 2 C.1), en el cual no se habla de construcción sino de "limpieza del BOX-COULVERTH", puesto que éste se encontraba taponado por la construcción adelantada en terrenos de la actora, ocasionando inundaciones en el barrio "El Jorge" de la ciudad de Buenaventura. Se anota que el mencionado acto se aportó en copia sin autenticar pero fué arrimado al proceso por la misma parte actora y no ha sido impugnado por ninguna de las partes.

De otro lado, los documentos aportados por la demandante y mediante los cuales quiere demostrar los gastos ocasionados con motivo de la construcción que adelantaba en su predio y que afirma fué destruida por orden de la demandada, no fueron reconocidos por sus firmantes, tal como lo dispone el artículo 277 del c. de p.c. aplicable por remisión del artículo 168 del c.c.a.. Es más, la mayoría de ellos aparecen otorgados a favor de un doctor Luis Alfredo Quintero -Droguería Mi Farmacia- persona que no es la actora y que de acuerdo a los autos no tiene ninguna relación con ella. (fls. 29 a 66 C.1).

En la diligencia de inspección Judicial, solicitada por la demandada, la única alusión que se hace de la posible destrucción de la construcción adelantada en el lote de la señora Caicedo de Grueso, con ocasión de la limpieza del box- Coulverth, es la afirmación de los peritos en el sentido de que "existe un contrapiso de concreto simple que también fué demolido, suponemos que

para la construcción del colector." (fl. 95 vto. C.1). Pero esta afirmación además de ser una simple suposición, queda desvirtuada con la resolución 067 de 1.983 expedida por la alcaldía de Buenaventura, en donde se ordena la limpieza y no la construcción del Box-Coulverth lo que hace presumir que este ya estaba construído.

Visto lo anterior no encuentra la Sala prueba del daño causado a la actora y por lo tanto procederá a revocar la sentencia apelada.

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 en todas sus partes la sentencia de fecha Mayo 26 de 1.988, proferida por el tribunal administrativo del Valle del Cauca en el proceso de la referencia.

2) Niéganse todas las súplicas de la demanda

3) Tiénese a la doctora Martha Hernández de Nieto como apoderada sustituta de la actora en los términos del memorial que obra a folio 168 del C.1.

COPIESE, NOTIFIQUESE y en firme regrese al tribunal de origen. Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 26 de Julio de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala, *Gustavo De Greiff Restrepo; Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

FALLA DEL SERVICIO DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

Se configuró una típica falla del servicio por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, por cuanto esta entidad incumplió o cumplió deficientemente, las obligaciones que le imponían las normas del decreto 1250 de 1970.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente Nº. 4119 (154) Actor : Margoth Moanack de Akl y O.

Procede la sección a dictar sentencia en el proceso de reparación directa y cumplimiento, incoado por MARGOTH MOANACK DE AKL y la Sociedad INVERSIONES MARGOTH & CIA. S. en C. contra la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, a raíz de los perjuicios sufridos por aquellas en las circunstancias que se estudiarán en la presente providencia.

Habiéndose quemando el expediente en los insucesos del Palacio del Justicia del 5 y 6 de noviembre de 1985, en momentos en que se encontraba al despacho de la Señora Fiscal Segunda para concepto de fondo, su reconstrucción fue decretada mediante auto de julio 9 de 1987. Surtida ésta,

y como no se encuentra nulidad alguna, se procede entonces a proferir sentencia.

I - LA DEMANDA

En demanda presentada el 25 de julio de 1983, el apoderado de las actoras solicitó las siguientes declaraciones y condenas: "Este libelo tiene el propósito de obtener que se declare a dicha Entidad responsable de los perjuicios sufridos por mis representadas como consecuencia de las fallas del servicio en las que se incurrió por parte de su dependencia la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.E., al haber realizado mal y tardíamente el proceso de registro o inscripción de una demanda, y al haber expedido unos Certificados de Libertad equivocados; y por parte de la propia Superintendencia al haber realizado mal su tarea de inspección y vigilancia sobre la citada Oficina de Registro. Como consecuencia de dicha declaración, respetuosamente solicito que se condene a la Superintendencia de Notariado y Registro a pagar a mis representadas, a titulo de indemnización, el valor total de los perjuicios que tales fallas del servicio les causaron, así:

1) El daño emergente, constituido por:

a) El precio que INVERSIONES MARGOTH MOANACK CIA. S. en C. pagó a Dora Zaccour de Corredor (antes de Saouda) por el derecho de dominio sobre el cincuenta por ciento (50%) proindiviso (Escritura #3401 del 21 de noviembre de 1.978 de la Notaria Trece de Bogotá), de la propiedad en el inmueble ubicado en esta ciudad de Bogotá, y distinguido con los números 17-60/70 de la carrera 7ª.;

b) Las sumas que mis representadas invirtieron en las obras de adecuación y remodelación del citado inmueble y en los trámites correspondientes a su sometimiento al Régimen de Propiedad Horizontal para efectos de su venta posterior por unidades.

2) Lucro cesante, constituido por:

a) El valor de la utilidad dejada de percibir como consecuencia de la imposibilidad de vender, por el Régimen de Propiedad Horizontal, las unidades en que se subdividió el inmueble citado;

b) El valor correspondiente a la pérdida derivada de la inmovilización o congelación en que se han venido hallando las distintas unidades privadas que componen el Edificio ya mencionado, como consecuencia de la imposibilidad de efectuar sobre las mismas transacciones comerciales.

En el evento de no resultar posible establecer con exactitud el monto de las cifras componentes del lucro cesante a que se refieren los puntos a)

y b) de este numeral, ruego entonces a los señores Consejeros que la condena al pago de los perjuicios a titulo de lucro cesante, se haga por el valor correspondiente a los intereses comerciales sobre las sumas que integran el daño emergente, contabilizados desde la fecha en que tales perjuicios comenzaron a causarse, y hasta que su pago final se verifique.

3) Ruego también a los señores Consejeros disponer la actualización del valor de las sumas correspondientes al daño emergente, habida consideración de la pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano entre la fecha de los perjuicios y la fecha de la sentencia." (fls. 5 a 7 C.1).

Los hechos planteados por el libelista (fls. 7 a 22 C.1) en apoyo de sus pretensiones, son en síntesis los siguientes:

1º. El 8 de noviembre de 1974 la Señora MOANACK DE AKL adquirió por compra un derecho equivalente al 50% del inmueble ubicado en la carrera 7ª No. 16-60/70 de la ciudad de Bogotá, constituido para entonces por 12 plantas, sótano y pent-house, y compuesto de 52 oficinas.

2º. El cincuenta por ciento restante de los derechos de propiedad sobre el citado edificio (Edificio AKL) fueron adjudicados a la Señora DORA MARIA ZACCOUR DE CORREDOR (antes de SAOUDA), en virtud del proceso de sucesión de su señor padre EDMON ZACCOUR, quien a su turno lo había adquirido del Señor CAMILO DACCACH.

3º. La sentencia aprobatoria de la partición del proceso de sucesión referido en el numeral anterior, emanada del juzgado décimo civil del circuito de Cali y fechada el 15 de noviembre de 1977, fue registrada el 24 de agosto de 1978, en la matricula inmobiliaria No. 050-0094785.

4º. En el mismo folio de matricula inmobiliaria, el 0050-0094785, fue registrada el 23 de noviembre de 1978 la compraventa realizada el 2 de noviembre del mismo año, entre la antigua propietaria y la Sociedad INVERSIONES MARGOTH MOANACK Y CIA. S . en C., por el valor de $4'000.000.oo, y mediante el cual ella enajenaba a ésta el 50% de los derechos de que era titular.

5º. La anterior compraventa fue realizada con el propósito de que el grupo familiar AKL MOANACK adquiera la propiedad plena y completa del citado inmueble, lo cual efectivamente ocurrió, ya que a finales de 1978 el 50% de la mencionada propiedad correspondía a la Señora MARGOTH MOANACK DE AKL, y el otro 50% a la Sociedad INVERSIONES MARGOTH MOANACK Y CIA. S. en C.

6º. Como suele suceder en este tipo de negociaciones, la compraventa estuvo precedida del respectivo "estudio de títulos" en el cual, entre otras, se

solicitó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, un "certificado de libertad" del inmueble; para tal efecto la entidad expidió copia del folio de matrícula inmobiliaria Nº. 050-0094785, el cual no contenía inscripción o registro de demandas, gravámenes o limitaciones de dominio.

7º. La nitidez de los títulos y del folio de matrícula fue razón determinante de la compraventa y su precio, así como del contrato realizado con el arquitecto JORGE ESGUERRA GARCIA, por valor de $1'928.000.oo, con el objetivo de que elaborara anteproyecto y proyecto arquitectónicos para la remodelación del mencionado edificio.

8º. Realizados el anteproyecto y el proyecto de que da cuenta el numeral anterior, el mismo arquitecto tramitó ante las autoridades distritales respectivas, por cuenta de la Sociedad demandante, la licencia necesaria para la remodelación del edificio, la cual fue otorgada bajo el número 1789 de 6 de diciembre de 1978, autorizándose así a la Sociedad para "modificaciones y ampliación de un edificio de once pisos, *mezzanine*, sótano *penthouse* y *mezzanine* del *penthouse* para cuatro locales comerciales y oficinas".

9º. Obtenida la licencia, arquitecto y sociedad celebraron el 11 de abril de 1979 "contrato de construcción por administración delegada", con el objeto de que se realizare, en un término de seis (6) meses, la completa remodelación arquitectónica del edificio. El costo total de las obras supero los $18'000.000.oo, y los gastos para la obtención de la licencia así como los de la elaboración y tramitación del reglamento de propiedad horizontal ascendieron a más de $100.000.oo.

10º. El reglamento de propiedad horizontal, aprobado mediante resolución Nº. 2382 de 1975 de la Secretaria de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá, se protocolizó por escritura Nº. 4325 del 29 de diciembre de 1978 de la notaria Trece de Bogotá, y se registró el 22 de enero de 1979 al folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0094785.

11º. Con base en el citado registro la propia Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá procedió en esa misma fecha a la apertura de los folios de matrícula inmobiliaria (57 en total), correspondientes a las unidades privadas en que se subdividió el edificio entre locales y oficinas.

12º. El tiempo de cosechar lo que se había sembrado y abonado, es decir, la etapa final de las negociaciones se inició con el otorgamiento de la escritura pública No. 508 del 29 de diciembre de 1979 de la notaría Trece de Bogotá, por cuya virtud la sociedad ya citada enajenó a título de venta al Señor ALFONSO SAAVEDRA, el local 104 del inmueble.

13º. A comienzos de 1980 la Sociedad demandante solicitó de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, la expedición de un nuevo

certificado de libertad correspondiente al edificio, es decir del folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0094785, el cual durante varios meses no fue expedido a pesar de la insistencia de los interesados, y sin que mediare justificación para tal omisión.

14º. Ante las nuevas insistencias de parte de los interesados, un funcionario de ventanilla de la Superintendencia les informó que aparentemente la razón de la demora consistía en la súbita aparición de un folio de matrícula inmobiliaria de carácter provisional, también relativo al inmueble descrito, y que contenía la inscripción en el registro de documentos que no figuraban en el folio principal.

15º. Ante tan extraña situación, inmediatamente la ya nombrada sociedad elevó el 23 de julio de 1980 una comunicación a la división de vigilancia y registro de instrumentos públicos de la Superintendencia de Notariado y Registro, solicitándole un pronunciamiento sobre el problema surgido, así como, para el evento de ser cierta la existencia del folio de matrícula provisional, se procediera a decretar su nulidad.

16º. "En respuesta a tal comunicación, el Jefe de la División Legal de la Superintendencia le remitió a la sociedad de marras, el 15 de septiembre de 1980, una comunicación a la que adjuntó la copia de un Oficio dirigido a la Registradora de Instrumentos Públicos de Bogotá , sobre el particular, en el cual se afirmaba: "...El 18 de enero de 1973 se registró en la Oficina del Circulo de Bogotá, la demanda comunicada por Oficio No. 137 del 25 de mayo de 1971 del Juzgado Civil del Circuito de Cali, inscripción que se efectúo en el folio provisional 050-0063871. Al inmueble de la carrera 7ª #17-64/66 se le asigno el folio real 050-0094785 cuya apertura se efectuó el 6 de julio de 1972 y dicha matrícula no contiene la inscripción mencionada en el aparte anterior. -Con base en el registro del reglamento de propiedad horizontal, el 22 de enero de 1979 se abrieron los folios correspondientes a las unidades privadas asignándoles los números 050-0489404 al 050-489460, los cuales tampoco contienen la inscripción de la medida cautelar mencionada. *-Considera este despacho ilegal la apertura del folio provisional, ya que contraviene lo dispuesto en el articulo 5º. del Decreto 1250 de 1970.-* De acuerdo al articulo 82 del Decreto Ley 1250 de 1970, los folios de matrícula inmobiliaria 050-0094785 y 050-0459404 al 050-0489460 no reflejan la real situación jurídica de los inmuebles, puesto que estos no contienen la inscripción de la demanda comunicada por el oficio No. 137 del 25 de mayo de 1971 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali.-....." (el subrayado es nuestro)."

17º. "El 26 de septiembre de 1980 la Registradora Delegada-1 de instrumentos Públicos de Bogotá, se dirigió al Apoderado Especial de INVERSIONES MARGOTH MOANACK Y CIA. S. en C. en respuesta -finalmente- a las múltiples solicitudes de expedición del Certificado de Libertad sobre el inmueble, en los siguientes términos:

"Devuélvole el documento de la referencia relativo a la providencia emanada de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali (Sección de Cobranzas y Ejecución) en el proceso instaurado contra los herederos de la sucesión del señor EDMOND ZACCOUR, debido a que la medida cautelar que se cancela en la misma *no fue* registrada en la Oficina. Además, carece de descripción de inmuebles sobre los cuales recae el Oficio por el cual fue comunicado. (Este documento se encontraba en la ventanilla de documentos).- Se advierte igualmente, la vigencia de una Demanda de filiación natural de LUZ MARIA CANDELO, contra MARGARITA ZACCOUR DE REMOLINS, DISCIE ZACCOUR DE MARLOUF Y DORA ZACCOUR DE SAOUDA, comunicado por Oficio Nº. 137 de 25 de mayo de 1971 proveniente del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, inscrita en esta Oficina el 18 de enero de 1973, registrada al Folio Provisional Nº. 050-0063871, ya que en este no se pronunciaron datos de tradición del inmueble materia de la medida.- *El inmueble a que se hace alusión en la Demanda, el distinguido como carrera 7ª. #17-64/66 se le asignó folio de matricula Nº. 050-0094785 omitiéndose el traslado de la medida cautelar precitada, trayendo como consecuencia lógica que al registrar el reglamento de Copropiedad constituido mediante escritura pública Nº. 4325 de 29 de diciembre de 1979, otorgado en la Notaría 13ª. de Bogotá, y habiéndose realizado la apertura de las unidades respectivas no se hiciera en su oportunidad el traslado de la misma a ellos....."*(el subrayado en nuestro).

18º. "Como consecuencia del problema planteado por la "aparición " en la Oficina de Registro del folio de matricula provisional, dicha Dependencia siguiendo instrucciones de la Superintendencia de Notariado y Registro dispuso, con no pocos años de retraso, y mediante Resolución #1553 del 29 de octubre de 1980, la unificación de los Folios de Matricula principal y provisional, así como las demás "enmiendas" del error por omisión en que se había incurrido respecto de la inscripción de la demanda que debió verificarse en 1971.

19º. "De esta forma el inmueble "EDIFICIO AKL" cuya cadena de titulación había figurado siempre pura y limpia en el Registro Público, pasó de la noche a la mañana a resultar manchada y afectada por la inscripción o registro, con efectos retroactivos, de una demanda cuyo correspondiente oficio dirigido a la Oficina de Registro databa del 25 de mayo de 1971.

20º. "La titulación limpia determinante de las negociaciones y de las enormes inversiones de tiempo y dinero realizadas por mis representadas en el Edificio AKL y de que se ha dado cuenta atrás, resultó así viciada de un tajo, a la hora en que apenas comenzaban las distintas operaciones de venta por propiedad horizontal, en las cuales debía recuperarse lo invertido y obtenerse la utilidad esperada.

21º. "A partir de entonces, y hasta esa fecha, fuera de una liquidación de la comunidad existente entre mis dos representadas, verificada por escritura publica #2805 de septiembre de 1980 de la Notaría Trece de Bogotá, y adicionada y aclarada por la escritura #2999 del 10 de octubre del mismo año de la Notaria Trece de Bogotá, no ha podido realizarse más que una operación comercial sobre las unidades en que se dividió el Edificio AKL a través de su remodelación, constituida por la venta del Local marcado con el #17-66 de la carrera 7ª., llevada a cabo el 23 de octubre de 1.980 a través de la escritura #2133 de la Notaría Trece de esta ciudad.

22º. "La razón determinante de que el negocio diseñado por mis representadas fracasara, fue la ostensible falla en el servicio en que incurrió la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, dependencia de la Superintendencia de Notariado y Registro.

23º. Dicha falla en el servicio estuvo constituida por diversos hechos u omisiones así:

a) No haber realizado oportunamente el registro del Oficio que comunicaba la inscripción de una demanda de filiación natural y petición de herencia, promovida entre otras contra Dora Zaccour de Corredor (antes de Saouda), Oficio este marcado con el # 137 y emanado del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali el 25 de mayo de 1971. En efecto, tal Oficio apenas se registró el 18 de enero de 1973.

b) No haber verificado la inscripción de tal Oficio en el Folio de Matrícula Inmobiliaria correspondiente al Edificio AKL, es decir el distinguido con el #050-0094785.

c) Haber verificado dicha inscripción o registro en un Folio de Matrícula provisional abierto ad-hoc.

d) No haber dado cumplimiento a la norma jurídica que obliga al registro definitivo en el Folio de Matrícula principal, de las inscripciones registradas provisionalmente, dentro del mes siguiente a tal registro provisional.

e) No haber dado cumplimiento a la norma que establecer la caducidad del registro provisional transcurrido el mes siguiente a su apertura.

f) Haber expedido en varias oportunidades, a lo largo de varios años, Certificados de Libertad o Folios de Matrícula inmobiliaria sobre el Edificio AKL que no contenían la totalidad de las inscripciones que debían contener, y específicamente que no contenían la inscripción de la demanda atrás mencionada. En efecto, inclusive hasta el año de 1983 la Oficina de Registro continuó expidiendo Certificados de Libertad

sobre el inmueble con Matrícula inmobiliaria #050-0094785 que no contenían la inscripción de tal demanda.

24º. "Dichas fallas han sido admitidas en distintas oportunidades por la propia Oficina de Registro de Bogotá, y por la Superintendencia de Notariado y Registro.

25º. Si bien la falla o fallas del servicio que constituyen la causa de la presente acción comenzaron a sucederse a partir de 1971, no lo es menos que ellas continuaron ocurriendo y presentándose inclusive hasta 1983.

26º. En cualquier caso, es lo cierto que mis representados no vinieron a tener conocimiento de la existencia de tales fallas sino a raíz de las comunicaciones oficiales que les dirigiera primero la Superintendencia de Notariado y Registro el 18 de septiembre de 1980 y luego la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá el 26 de los mismos mes y año.

27º Mis representadas han sufrido graves y enormes perjuicios económicos derivados directamente de las fallas atrás mencionadas.

28º. "Si bien la inscripción de una demanda en el Registro de Instrumentos Públicos en relación con un inmueble no pone a éste fuera del comercio, no es menos cierto por haberlo así establecido claramente el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, que quien adquiera el respectivo inmueble con posterioridad a dicha inscripción "estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el Artículo 332. Si sobre aquéllos se constituyen gravámenes reales, o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los títulos de los derechos correspondientes". "Si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella ordenará el Juez que se cancelen los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda.....".

29º. "En tales condiciones, ordenada por la Oficina de Registro de Bogotá, la reunificación de los Folios de Matricula Inmobiliaria del Edificio AKL, y con ella la incorporación al folio principal de la inscripción realizada en 1.973, ningún potencial comprador podía estar en condiciones o en deseos de adquirir una de las unidades privadas del Edificio AKL sin grave riesgo, del mismo modo en que las propietarias de éste no podían exponerse a enajenar tales unidades sin correr el enorme peligro de que, en el evento de resultar favorable al demandante la sentencia del proceso cuya demanda se halla inscrita, y de ordenarse por tanto la cancelación de las negociaciones posteriores, tuvieran ellas que responder a los compradores de los perjuicios a ellos causados. Mis representadas siempre pensaron que no era honesto realizar enajenaciones en tales circunstancias.

30º. "El registro de instrumentos públicos y todas las operaciones y actividades que lo componen, son un servicio público que en nombre del Estado cumple la Superintendencia de Notariado y Registro a través de sus dependencias, las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos del país."

II - LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

Durante el término oportuno para presentar los alegatos por escrito, las partes alegaron de conclusión en las siguiente forma:

A- el apoderado de la parte actora:

Mediante memorial de 29 de agosto de 1985, obrante a folios 146 y ss. el apoderado de las demandantes solicita se acceda a las súplicas de su demanda. Luego de un capítulo de "consideraciones preliminares", en el que se hace un recuento del proceso así como de las fallas del servicio que se imputan a la entidad demandada, pasa el apoderado judicial de las actoras a analizar el proceso desde el punto de vista probatorio, así:

> "En el transcurso del proceso, todos y cada uno de los hechos que se han sintetizado y que son la base de las pretensiones de mis representadas, se demostraron fehacientemente.
>
> "En efecto, los documentos y certificaciones aportados al expediente, así como las declaraciones rendidas por los testigos y lo que pudo corroborarse en la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la Superintendencia de Notariado y Registro (Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá), coinciden en demostrar con certidumbre, que efectivamente en 1973 la citada Oficina de Registro recibió el Oficio No. 137 del 25 de mayo de 1971 del Juzgado Cuarto Civil de Circuito de Cali que decretaba la inscripción de una demanda en proceso ordinario, promovida por Luz Marina Candelo contra Margarita, Discie y Dora Zaccour (ésta última de Saouda y después de Corredor), que entre otros bienes se refería el Edificio Akl situado en la ciudad de Bogotá, en la carrera 7ª Nos. 17-60/70. Se han demostrado también, mediante dichos medios probatorios, que para individualizar e identificar el citado edificio, el 10 de julio de 1972 se abrió el Folio real de Matrícula Inmobiliaria marcado con el No. 050-00094785; que tal cosa se hizo en desarrollo del sistema previsto por el Decreto Ley 1250 de 1970 (Estatuto de Registro); y que en el citado Folio se anotaron, con retroactividad al año de 1945, todos los actos, contratos y providencias judiciales relativos al inmueble en cuestión y que implicaban constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen o medida cautelar relativa al dominio o a otro derecho real principal o accesorio sobre el mismo. Se constató igualmente, que el oficio judicial atrás citado, a pesar de decretar la

inscripción de una demanda en el registro correspondiente al Edificio Akl, no fue anotado ni registrado en el Folio de Matricula Inmobiliaria de ese edificio. El 18 de enero de 1973, se recibió y radicó el Oficio 137. Su inscripción o registro se produjo el 24 de enero del mismo año. Pero para el efecto, curiosamente se dispuso la apertura de un Folio ad-hoc de Matricula Inmobiliaria provisional, en lugar de inscribirse en el correspondiente al edificio. La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá ha afirmado que la razón determinante de esta curiosa forma de inscripción, fue el hecho de que el oficio judicial no contenía todos los datos y elementos necesarios para identificar el inmueble sobre el que recaía la medida, y que por lo tanto no fue posible vincularlo con el edificio Akl y registrado en el Folio de éste. Explicaron los funcionarios de la Oficina de Registro, que el oficio judicial mencionaba la dirección carrera 7ª No. 17-64, y no las que aparecían en el Folio de Matrícula Inmobiliaria carrera 7ª. No. 17-60/70. Con todo, los mismos funcionarios de la Oficina de Registro no explicaron por qué, ante la falta de elementos suficientes en el oficio, no se dirigieron al Juzgado de origen, bien para devolverlo ante la imposibilidad de registrarlo donde correspondía, bien para solicitar los datos adicionales necesarios para la identificación del inmueble.

"Por otro lado, las escrituras, los contratos y las declaraciones de testigos han acreditado suficientemente la compra, primero de un cincuenta por ciento, y luego del resto de los derechos sobre el viejo edificio de la carrera 7ª. Nº. 17-60/70 por parte de mis representadas; su proyecto de remodelarlo totalmente, de someterlo al régimen de propiedad horizontal y de venderlo por unidades privadas para oficinas y locales; la forma como dicho proyecto realmente se llevó a cabo, los estudios jurídicos previos que le sirvieron de fundamento, y finalmente el costo total de su realización y el tiempo que ella demoró.

"Las inspecciones judiciales sobre los libros de contabilidad de Inversiones Margoth Moanack y Cía. S. en C. y sobre el propio Edificio Akl, lo mismo que los dictámenes periciales rendidos dentro del proceso, probaron, no solamente la verdadera realización de las obras de remodelación y la época de las mismas, sino especialmente su estado de desocupación casi total, el hecho de que sus unidades no se hallan para la venta, y el lucro cesante que tal situación les ha causado y les sigue causando a sus propietarias, dadas la magnitud de las inversiones realizadas por éstas y el precio del edificio como conjunto y de sus unidades privadas separadamente.

"Los testigos y las propias demandantes declararon claramente, que para la fecha en que de adquirió el segundo cincuenta por ciento proindiviso en la propiedad sobre el edificio y cuando se proyectó, contrató y procedió a ejecutarse su remodelación para la venta por

unidades privadas, no tenían conocimiento alguno, acerca de la existencia de la orden judicial que decretaba la inscripción de una demanda ordinaria sobre el edificio, dentro de un proceso de filiación natural promovido, entre otras, contra la señora a quien se compró el mencionado cincuenta por ciento proindiviso. Declararon así mismo las demandantes y su asesor legal, que la citada compra estuvo precedida de un cuidadoso estudio de la titulación y de la historia jurídica y antecedentes del inmueble en cuestión. Manifestaron que dicho estudio se hizo en la forma tradicional y propia de llevarlos a cabo, es decir, utilizando como principal herramienta el certificado de libertad expendido por la Oficina de registro de Instrumentos Públicos, dado su carácter de plena prueba y de documento absolutamente fidedigno en punto de la llamada "cadena titular" del inmueble.

"Y dijeron también -como si fuera menester decirlo- que de haber tenido conocimiento acerca de la inscripción de la demanda ordinaria de filiación natural que afectaba el edificio y que eventualmente podía dar traste -como en efecto ocurrió- con su negociación y con su proyecto, jamás habrían realizado la primera ni ejecutado el segundo. Lo contrario habría carecido del más elemental sentido común.

"En las condiciones anotadas, resulta forzoso concluir que a lo largo del proceso se demostró plenamente la configuración, en el caso de autos, de todos los elementos que conforman la responsabilidad del estado. En efecto, se probaron más allá de toda duda los hechos y omisiones constitutivos de falla del servicio, el conjunto de los perjuicios por mis representadas, y el nexo directo de causa a efecto entre aquéllos y éstos." (fl. 154 C.1).

Termina su escrito con un capítulo de "consideraciones finales" en el que, entre otras, contraargumenta la postura jurídica de la entidad demandada. Para ello analiza la función administrativa del registro público inmobiliario a la luz del decreto 1250 de 1970, las obligaciones que tienen al respecto la Superintendencia de Notariado y Registro, su aplicación al caso concreto, todo lo cual lo lleva a afirmar:

"La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá excedió sus precisas facultades legales al disponer la apertura totalmente irreglamentaria de un Folio de Matrícula provisional. Además omitió cumplir con su obligación de certificar en forma fiel y completa acerca de las inscripciones de actos, contratos o providencias relativas a un inmueble determinado. Adicionalmente obró con negligencia al no haber realizado todas las tareas necesarias para poder inscribir en el Folio de Matrícula Inmobiliaria correspondiente al Edificio Akl, la demanda ordinaria de que daba cuenta el oficio del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali. Porque si definitivamente no eran suficientes para tal

inscripción los datos que contenía el oficio, éste ha debido devolverse. Pero si lo eran, o si de alguna manera ellos permitían identificar el inmueble, la providencia ha debido inscribirse en el respectivo folio".(fls. 162 a 163 C1.).

b- La entidad demandada.

En escrito de fecha 28 de agosto de 1985 visible a folios 5 y ss. del C. Nro. 2, solicita la apoderada judicial de la entidad demandada, que se deniegue la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Para ello afirma:

"Atribuye la parte actora responsabilidad a la Superintendencia de Notariado y Registro por posibles perjuicios sufridos en virtud de haber realizado la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, mal y tardíamente la inscripción de una demanda, haber expendio unos certificados equivocados y por haber realizado mal su tarea de inspección y vigilancia la propia Superintendencia sobre la citada oficina, e identifica el inmueble al cual se refiere la demanda supuestamente mal inscrita, como un edificio junto con el lote de terreno sobre el cual se levanta, marcando con los números 17-60/70 de la carrera 7ª. de Bogotá, constituido por 12 plantas, sótano y pent-house, compuesto de 52 oficinas y con una notoria variación de colindantes.

"No asiste razón a las demandantes, en las anteriores afirmaciones, porque el registro del oficio No. 137 del 25 mayo 1971 por el cual el Juzgado 4º. Civil del Circuito de Cali comunicaba la demanda ordenada el 4 del mismo mes y año, sobre el 50% de los derechos en relación con el inmueble, no se realizó tardíamente pues consta en la inscripción transcrita en folio 94785 que dicha comunicación sólo se presentó a la oficina el 18 de enero de 1973, fecha en la cual se radicó con el numero 004652 y se inició el proceso de registro.

"Tampoco se inscribió mal ni el certificado era equivocado teniendo en cuenta lo siguiente:

"Para la época se iniciaba apenas la implantación del nuevo sistema de registro y las oficinas debían ajustarse a las normas previstas en el Capitulo 13 del decreto ley 1250 de 1970, especialmente en su artículo 81, para el tránsito de legislación, según el cual el folio de matrícula debían abrirse siempre que fuera llevado a registro cualquier acto o título que afectara la situación jurídica de un inmueble que no apareciera matriculado.

"Por la misma circunstancia los funcionarios judiciales no estaban obligados a comunicar sus actos a registro en forma adecuada porque el gobierno para entonces no lo había ordenado, conforme el decreto ley 2156 de 1970.

"La comunicación de la demanda a que se refiere la parte actora, no aportaba datos de registro y los de identificación no coincidían con los del edificio matriculado.

"Frente a la situación descrita la Oficina de Registro de Bogotá, no tenía otra alternativa que abrir un nuevo Folio en cumplimiento de las disposiciones citadas y de la orden del juez y para garantizar la publicidad de la medida; folio que al tenor del artículo 57 del estatuto de registro ha permanecido siempre a disposición de quien requiera su examen, y cuyas anotaciones como es lógico no podían figurar en certificados expendidos sobre la matrícula No. 050-0094785 correspondiente a un inmueble descrito de distinta manera ante la oficina.

"Es cierto, así lo demuestran los documentos que Dora María Zaccour adquirió por adjudicación en la sucesión de su padre Edmond Zaccour el 50% en la propiedad del edificio AKL, que la respectiva sentencia se inscribió el 24 de agosto de 1978 en el folio de matricula 94785 y que dicha adjudicataria enajenó tales derechos a INVERSIONES MARGOTH MONACK Y CIA S. en C. por escritura No. 3401 del 2 de noviembre de 1978, notaría 13 de Bogotá, registrada el 23 de noviembre de 1978.

"Pero las afirmaciones de que la negociación contenida en la escritura No. 3401 de 1978, otorgada en la notaría 13 de Bogotá, se hizo precisamente por ausencia de problemas certificados por la Oficina de Registro de Bogotá, como razón primordial, y que las partes contratantes no conocían la existencia de la demanda inscrita en el folio Nº. 050-0063871 y la real situación jurídica de los derecho enajenados, riñen en todo con la verdad, porque la vendedora Dora María Zaccour, sabía a ciencia cierta que sus títulos y los derechos que vendían estaban sub-judice, pendientes de una sentencia que los afectaría, que podía cancelarnos o disminuirlos, así lo evidencia su actuación procesal cumplida en los juzgados 4º. y 10º. Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso de Filiación natural y petición de herencia, adelantado por Luz María Candelo, entre otros sobre los mismos derechos que aquella vendió a Inversiones Margoth Moanack; basta ver en las copias aportadas a este proceso las diligencias surtidas los días 28 de junio, 3 de agosto, 3 y 8 de noviembre de 1971, 20 de octubre de 1972 y 26 de abril de 1973, en que la señora Zaccour recibe traslado de demanda, otorga poder, descorre traslado, excepciona, solicita revocatoria y nulidades, recibe notificaciones, en actuaciones judiciales que continuaron hasta llegar a la orden extrema de cancelación de la sentencia de adjudicación,

de la venta del 50% de derechos efectuados por escritura Nº 3401 de 1978 y de los títulos otorgados con posterioridad, medida comunicada a la Oficina de Registro en oficio 613 del 30 de junio de 1983.

"Además de lo anterior Dora María Zaccour aparece como denunciante de la coheredera Luz María Candelo, en diligencias cumplidas en noviembre de 1971 y durante 1972 en los Juzgados Primero, Cuarto y Octavo de Instrucción Criminal y Segundo Superior de Cali.

"Tampoco desconocían los socios compradores AKL Moanack, la situación *sub-judice* de los derechos que adquirían de parte de Dora María Zaccour, pues Camilo AKL Charbel dice en su declaración que con anterioridad a la escritura 3401 de 1978, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, sabía en términos generales que había problemas entre los herederos, y su asesor jurídico doctor Henry Gutiérrez Muñoz encargado del estudio de títulos y de algunos trámites de la negociación, sostiene que Alberto Corredor, esposo y apoderado de la vendedora le habló de un problema que ya habían ganado por sentencia de la corte y después en Cali se enteró de problemas semejantes ocurridos a otros compradores de la señora Zaccour.

"Si se tiene en cuenta las fechas de la sentencia de adjudicación a Dora María Zaccour, la de la escritura pública Nº. 3401 de 1978, y sus respectivas inscripciones son significativos y vale la pena relevar la forma por demás apresurada con que aquella procede a entregar sus derechos radicados en el edificio y cancelar el embargo que sobre ellos pesaba, 1º. y el 23 de agosto de 1978, respectivamente, cuando ni siquiera había inscrito la adjudicación correspondiente y por qué la Sociedad Compradora tuvo también tanta prisa en recibirlos y aún más, en empezar sus inversiones y gastos en labores de remodelación y adaptación del edificio desde enero de 1977, como consta en la declaración del doctor Jorge Enrique Esguerra y en los libros examinados en inspección judicial practicada el 23 de mayo de 1984, en las oficinas de Inversiones Margoth Moanack; que desde 1975 tuviera aprobado reglamento de propiedad horizontal y que a pesar de haberse enterado desde septiembre de 1980 de la real situación de los nuevos derechos adquiridos, hubieran continuado en sus inversiones y erogaciones hasta 1983, como afirma Felipe Beltrán administrador del edificio, lo cual significaba que las actoras invirtieron con conocimiento pleno de la realidad.

"La vendedora Zacour en escritura pública No. 3401 de 1978, Notaría 13 de Bogotá, inscrita en el registro inmobiliario, en la cláusula quinta declara que los derechos proindiviso que por tal instrumento enajena los posee tranquilamente, *libres de pleitos y demandas*, cuando tal

afirmación es contraria a la verdad como está demostrado en esta actuación.

"Por su parte los actores señores AKL y MOANACK, instauraron acción penal por falsedad y estafa en contra de su vendedora Dora María Zaccour y otros, en proceso iniciado el 14 de mayo de 1983, justamente dos meses antes de iniciar la presente acción y que actualmente cursa en el Juzgado 7º. Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la cual se han constituido en parte civil *para la correspondiente indemnización de perjuicios*, según constancia expendida por el Juzgado 75 de Instrucción Criminal que obra en las presentes diligencias, situación ésta que motivó mi petición presentada ante el H. Consejo el 14 de septiembre de 1984, y que solicito sea tenida en cuenta.

"Todo lo anterior conduce a la clara conclusión de que no hay ningún acto de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, ni de la Superintendencia de Notariado y registro del cual pueda derivarse responsabilidad para con las demandantes, por el contrario, fueron dichas oficinas las que lograron esclarecer totalmente la situación, con base en la tradición y datos aportados en documentos traídos posteriormente para inscripción y con fundamento en los artículos 5 - 35 - 49 y 82 del decreto ley 1250 de 1970, ordenaron la unificación de los folios por resoluciones Nºs. 1553 y 1687 de 1980 y 857 de 1981, cuya nulidad también demandó ante el H. Consejo de Estado Inversiones Margoth Moanack la cual fue denegada por providencia del 26 de agosto de 1983.

"Lo realmente ocurrido en el caso que nos ocupa, fue una deslealtad de las partes en la negociación de que trata la escritura pública Nº. 3401 de 1978 notaría 13 de Bogotá, con el ánimo de burlar las pretensiones de quien alegaba iguales derechos sobre 50% en la propiedad del edificio, enajenado por Dora María Zaccour, conducta que originó la medida extrema de cancelación judicial de la mencionada escritura, el título que le sirvió de antecedentes, los posteriores y respectivas inscripciones a que se hizo antes alusión." (fls. 5 a 8 C.2).

III - EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación solicita en su concepto de fondo (fls. 195 - 202 C.1), se acceda a las súplicas de la demanda.

Afirma, luego de realizar un detallado estudio de los antecedentes del proceso así como de las pruebas que éste contiene, lo siguiente:

"Los hechos demostrados permiten establecer que efectivamente la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos incurrió en varias

irregularidades en el trámite de las anotaciones correspondientes a la matrícula inmobiliaria del edificio AKL.

"En primer lugar el oficio enviado por el Juzgado Cuarto. Civil del Circuito de Cali fue remitido en el mes de mayo de 1971 y solamente fue registrado en un folio provisional en el año de 1973 o sea dos años después de recibido. En segundo lugar la Oficina de Registro jamás se preocupó por anular el folio provisional haciendo las diligencias que consideran necesarias para ello, y fue así que a pesar del registro provisional continuó expidiendo certificados de libertad del inmueble fundamentados en el folio de matrícula matriz en el cual no figuraba la demanda promovida por la señorita Candelo.

"Si la finalidad del certificado de libertad expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos es la de dar publicidad de los gravámenes, limitaciones y condenas relativos a los derechos reales que recaigan sobre un inmueble, en este caso esa finalidad no se cumplió, porque quienes confiados en el certificado de libertad realizaron transacciones comerciales creyendo que el inmueble estaba libre de cualquier limitación, fueron inducidos a error y se les privó de su derecho a conocer la realidad sobre la situación del bien motivo de la transacción; basta este solo hecho para admitir la falla del servicio de la entidad demandada, primer elemento axiológico exigido por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del estado.

"En cuanto al segundo de los elementos exigidos consistente en el daño cierto y determinado, que el actor hace consistir en la totalidad de la inversión de la remodelación del edificio y en la imposibilidad de vender los inmuebles dentro del sistema de propiedad horizontal, este despacho observa que si bien es cierto que el perjuicio se ocasionó en cuanto limitó el numero de posibles compradores y la celeridad de las ventas, también lo es que el registro de la demanda no produjo una imposibilidad de vender toda vez que a la luz del art. 690 del C. P. C. la inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro no ponen los bienes fuera del comercio, así pues que no puede afirmarse que legalmente la Sociedad propietaria del inmueble estaba impedida para efectuar las ventas. Por otra parte tampoco puede afirmarse que las pérdidas ascienden a la totalidad del dinero invertido en la remodelación del edificio por cuanto no se perdió el derecho de propiedad sobre las obras realizadas; hipotéticamente la negociación de los apartamentos se ha podido retardar, al tener que esperar -en algunos casos- el resultado final del proceso de filiación; punto este que no quedó plenamente establecido.

"Este despacho desconoce el sentido de la sentencia del proceso civil, en todo caso no hay prueba de que se haya ordenado la cancelación del registro de transferencia de la propiedad. Deben pues tenerse muy en

cuanta estas circunstancias para limitar en el tiempo los efectos de los perjuicios y su cuantía.

"Así las cosas y reconociendo que sí se produjo en un perjuicio por la falla del servicio en que incurrió la Oficina de Registro, se considera que para su tasación debe tenerse en cuenta el real perjuicio sufrido por la Sociedad Actora, ya que en el expediente no obran pruebas que demuestren la imposibilidad total para la venta de los inmuebles alegada por el actor y considerando que éstos podían ser arrendados.

"El tercer elemento, la relación de casualidad entre la falla del servicio y el daño, está demostrado por cuanto es claro que la omisión de la anotación de la inscripción de la medida cautelar en el certificado de libertad del edificio AKL acarreó a la Sociedad Inversiones Margoth Moanack S.C. los perjuicios señalados.

"En conclusión se consideran demostrados los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad de la entidad demandada y en consecuencia condenarla al pago de los perjuicios demostrados, a la Sociedad Inversiones Margoth Moanack S.C. No habrá lugar al pago de los perjuicios en cuanto a la señora Margoth Moanack quien demanda en nombre propio por cuanto no se demostró en el proceso el perjuicio sufrido por ella, ya que el edificio afectado es de propiedad de la Sociedad que representa." (fls. 200 a 202 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala se encuentra ameritados los siguientes hechos:

1. Con fecha 10 de julio de 1972, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá abrió el folio de matrícula inmobiliaria No. 050 00094785, correspondiente al inmueble ubicado en la carrera 7ª Nº. 17-64/66, en la cual procedieron a inscribirse todos los datos y antecedentes del inmueble en cuestión, al tenor de lo dispuesto en el decreto 1250 de 1970.

2. Con fecha 24 de Enero de 1973, la misma Oficina de Registro abrió el folio de matrícula inmobiliaria Nº. 050-0063871, el cual correspondía al mismo inmueble mencionado en el punto anterior. Dicha apertura, la cual se hizo con carácter provisional, obedeció a la solicitud formulada por el Juez Cuarto Civil del Circuito de la Ciudad de Cali mediante oficio 137 de Marzo 25 de 1971.

3. Con fecha 29 de octubre de 1980, mediante Resolución 1553, la Registradora de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá ordenó la unificación de folios de Matrícula Número 050-0094785 y 050-0063871 asignados al inmueble #17-64 de la carrera 7ª, unificación que habría de

hacerse en el primero de dichos folios; igualmente ordenó el archivo del folio provisional Nº. 050-0063871.

4. Durante el período de siete (7) años que transcurrió desde la apertura del folio de matrícula provisional hasta su unificación con el folio Nº. 050-00094785, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos expidió certificaciones sobre la situación jurídica del bien inmueble en cuestión, las cuales no tenían en cuenta la inscripción que dio lugar a la apertura provisional del folio de matrícula Nº. 0063871.

5. Durante dicho interregno, mediante Escritura Publica No. 3401 de 2 de noviembre de 1978 de la Notaria Trece de Bogotá, la Sociedad Inversiones Margoth Moanack y Cia. S. en C. adquirió de la Señora Dora María Zaccour de Corredor la totalidad de los derechos de que esta última era titular en la propiedad inmueble a que se refería el folio Nº. 050-0094785, es decir, el cincuenta por ciento en común y proindiviso del mismo. El cincuenta por ciento restante era propiedad de la Señora Margoth Moanack de Akl.

6. Mediante Escritura Pública Nº. 4325 de 29 de diciembre de 1978 de la Notaria Trece de Bogotá se protocolizaron la Resolución Nº. 2382 de 20 de noviembre de 1975 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante la cual se concede licencia para someter el Régimen de Propiedad Horizontal, conforme a la Ley 182 de 1948, al edificio AKL, identificado con los Nos. 17-64 y 17-66 de la carrera 7ª, así como el Reglamento de Copropiedad del mismo edificio. Dicha Escritura Pública fue registrada el 22 de enero de 1979 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, en el Nº. de Matrícula 050-0094785.

7. Con fecha 11 de abril de 1979, la Sociedad Margoth Moanack y Cia., S. en C. suscribió con el arquitecto Jorge Esguerra García un contrato mediante el cual el segundo se comprometía para con la primera, a remodelar completamente el edificio, de acuerdo con los planos aprobados, y a entregar tales obras completamente terminadas (fl. 104, Cuaderno 1).

8. Durante el período transcurrido entre el año de 1977 y el año de 1984, la Sociedad Margoth Moanack y Cía S. en C. realizó gastos e inversiones en el mantenimiento y remodelación del Edificio AKL por un valor total de $26.122.583.oo, según dictamen pericial que obra a folios 113 a 120 del cuaderno Nº.1.

9. La unificación de los folios de Matrícula inmobiliaria Nos. 050-0094785 y 050-0063871 a que se refiere el punto 3 anterior determinó que en el primero de dichos folios apareciera la inscripción que obraba en el segundo de ellos, cual era la existencia de una demanda (Demanda Derechos Cuota) (folio 132 del C.2) instaurada por Luz María Candelo contra las señoras Margarita Zaccour de Bemolins, Descie Zaccour de Maklouf y Dora Zaccour

de Saouda. Tal, nueva inscripción impidió la venta de las distintas unidades en que se había subdividido el Edificio AKL, según se refiere en el punto 6 anterior.

La falla del servicio

Para la Sala, siguiendo en ello el concepto de su colaboradora fiscal, la responsabilidad del Estado debe ser declarada en el caso presente, pues se encuentra debidamente establecida la falla del servicio.

En efecto, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, cometió no una, sino varias faltas, que constituyen una falla del servicio, la cual se inicia desde el momento mismo en que se recibió el oficio 137 de Mayo de 1971, remitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali. Al recibirlo, y de acuerdo con lo establecido a folios 109 y 110 del Cuaderno Nº. 2, procedió la Oficina de Registro a abrir un folio de matrícula provisional porque en dicho oficio "no se citó el número de matrícula inmobiliaria ni datos del antiguo sistema de registro que le indujera al registrador la inscripción...". Al actuar en tal forma la oficina desconoció lo dicho por los artículos 2º, 31 y 33 del decreto 1250 de 1970, pues la provisionalidad de que habla el artículo 33 es por su naturaleza temporal, "mientras se provee al registro definitivo", es decir, mientras se presente el título y su copia destinada a la oficina, y se pagan los correspondientes derechos. La provisionalidad del registro, al tenor de las disposiciones mencionadas, supone siempre la identificación del bien inmueble correspondiente, cuyo registro definitivo no se hace por faltar los dos requisitos mencionados en la ley.

En ninguna parte del decreto 1250 de 1970 se dice que se pueden abrir folios provisionales cuando el inmueble no es identificado plenamente. En estos eventos, si la información que da el documento a registrar es insuficiente, y si las facilidades adicionales de que dispone la Oficina de Registro, particularmente la lista de direcciones y propietarios no permiten la identificación del inmueble, aun a pesar de que se hubiesen hecho los esfuerzos del caso, lo procedente es solicitar la información adicional necesaria para el registro correspondiente. Sin embargo, lo anterior no se hizo, sino procedió la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a abrir un nuevo folio, cuando a ello no estaba autorizada por la ley.

La segunda falla de dicha oficina fue la de haber mantenido abierto y vigente, durante algo más de siete (7) años, un folio de matrícula inmobiliaria provisional. Es que aún suponiendo que el artículo 33 del decreto 1250 de 1970 permitiese una interpretación como la que en el caso presente aplicó la Oficina de Registro, interpretación que la Sala no comparte por la razones expresadas, dicha entidad, para ser consecuente, ha debido considerar caducado el registro provisional al cabo de un mes contado a partir de su apertura, pues así lo dispone el artículo 33 mencionado. Tal falla fue detectada posteriormente

por la misma Oficina de Registro y corregida en el año de 1980, mediante la expedición de la Resolución 1553 de 29 de octubre de ese año, con la cual se unificaron el folio de matrícula Nº. 050-00094785 y el folio provisional 050-0063871 abierto en 1973.

La tercera falla de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos fue haber expedido durante el periodo transcurrido entre 1973 y 1980 al menos un certificado, si no varios, en el cual se informaba deficientemente sobre la situación jurídica del inmueble en cuestión, puesto que la simultaneidad de los folios de matrícula 00094785 y 0063871 impedía que los interesados obtuvieron información completa y veraz sobre la situación jurídica del mismo. Ello necesariamente implicó que una de las funciones del registro, cual es la de dar fe sobre la situación y derechos constituidos sobre los bienes sometidos a tal formalidad, no se cumplió a cabalidad, llamándose a engaño, en consecuencia, a cualquier persona interesada en la situación jurídica del inmueble en cuestión. Se configuró así, una típica falla del servicio por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, por cuanto esta entidad incumplió, o cumplió deficientemente, las obligaciones que le imponían las normas del decreto 1250 de 1970.

Los efectos de la falla del servicio.

Para la Sala es indudable que la actuación de la Oficina de Registro causó un daño a la Sociedad demandante, por cuanto fue precisamente un certificado deficientemente expedido el que le indujo a adquirir el 50% en común y proindiviso del edificio de la carrera 7ª Nº. 17-64, a invertir en él unas sumas de dinero para su remodelación, y a tomar la determinación de iniciar su venta por el sistema de propiedad horizontal. Si la existencia del folio provisional Nº 050-0063871 hubiese sido conocida oportunamente, seguramente no se habría adquirido el inmueble y no se habrían invertido los dineros en su remodelación, o se habrían diferido tales operaciones hasta tanto se clarificara su situación jurídica.

Se dan en el caso presente las tres condiciones que la jurisprudencia ha venido considerando necesarias para efectos de comprometer la responsabilidad extracontractual de la Nación. Por una parte, incurrió la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en una falla del servicio al cumplir deficientemente con sus obligaciones legales; por otra, la sociedad demandante sufrió un daño y, finalmente, existe una clara relación de causalidad entre la falla y el daño, pues éste no se habría producido sin la primera. Por consiguiente, la Sala habrá de declarar la responsabilidad de la Nación - Superintendencia de Notariado y Registro.

El Perjuicio.

Si bien es cierto que la sociedad demandante sufrió un daño en razón de la falla del servicio, también lo es que el mismo no implica los perjuicios que en la demanda se reclaman. En efecto, el edificio sigue siendo propiedad de los demandantes, pues no se ha aseverado lo contrario en ningún momento, y las mejoras que a él se le hicieron forman parte integrante del mismo, apreciando su valor comercial.

Así las cosas, el perjuicio real sufrido por la sociedad demandante no fue más que aquel resultante de la imposibilidad de vender, a partir del momento en que el inmueble estuvo listo para ser enajenado. Sin embargo, ello no quiere decir que por virtud de tal imposibilidad en la venta, la sociedad demandante no haya percibido la valorización comercial del edificio, o que en un futuro no se generen utilidades, ya sea por la venta del edificio o por su explotación comercial. Pero es claro que si su venta se hubiese realizado oportunamente, la sociedad demandante habría seguramente recibido utilidades que, a su vez, habrían generado una rentabilidad a su favor.

Obra en el expediente, a folios 107 a 112 del Cuaderno No. 1, el dictamen pericial entregado por los peritos Rafael Otálora Zarate y Carlos Paz Méndez, quienes estimaron en la suma de $24.865.509.oo la cantidad dejada de percibir por concepto de utilidades, "como consecuencia de la congelación del proceso de comercialización del edificio". (folio 111). Dicha suma no la ha perdido la sociedad demandante, pues aún está en condiciones de generarla; pero sí ha dejado de percibir lo que tal cantidad hubiese rentado a partir del 20 de junio de 1984, fecha de rendición del dictamen pericial, que coinciden con la fecha de terminación de las labores de remodelación, rentabilidad que al menos debe corresponder a los intereses comerciales de la suma en cuestión.

Con respecto a lo afirmado por la Señora Fiscal, en cuanto a que no debe haber lugar al pago de los perjuicios a la señora Margoth Moanack, por cuanto no se demostró en el proceso el perjuicio sufrido por ella, ya que el edificio afectado es propiedad de la sociedad, considera la Sala que asiste razón a la representante del Ministerio Público, pues está comprobado en el expediente que mediante Escritura Pública No. 2805 de 22 de septiembre de 1980 de la Notaría Trece de Bogotá fue liquidada la comunidad existente entre Margoth Moanack de Akl e Inversiones Margoth Moanack y Cía. S. en C., habiendo sido adjudicado el edificio en cuestión a la sociedad demandante. Y si bien dicha señora era propietaria de un 50% del inmueble en el momento en que ocurrió la falla del servicio, dejo de serlo posteriormente y por ello no hubiese recibido personalmente las utilidades que se habrían generado por la venta del edificio.

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: Declárase responsable a la Nación-Superintendencia De Notariado y Registro - por falla del servicio, por causa de la cual se ocasionó un perjuicio a la Sociedad Inversiones Margoth Moanack y Cía. S. en C., en los términos analizados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración condénase en concreto a la Nación -Superintendencia de Notariado y Registro- a pagar, por concepto de perjuicios materiales, a favor de la sociedad Inversiones Margoth Moanack y Cía. S. en C. una suma equivalente a los intereses comerciales que la cantidad de $24.865.509.oo hubiese producido desde el 20 de junio de 1984 hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia. Dichos intereses se determinarán de acuerdo con las tasas que certifique la Superintendencia Bancaria para el lapso comprendido entre el 20 de junio de 1984 y la fecha de ejecutoria de este fallo. Con la cuenta de cobro correspondiente, la Sociedad de Inversiones Margoth Moanack y Cía. S. en C. presentará la certificación mencionada.

TERCERA: Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 26 de junio de 1.990.

Carlos Betancurt Jaramillo, Presidente de la sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo De Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SALVEDAD DE VOTO DOCTOR: JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

Referencia: Expediente No. 4119,

Actor: *Margoth Moanack de Akl.*

Con toda la consideración me separo de la decisión mayoritaria, pues aunque estoy de acuerdo en que la falla del servicio sí se dio en el sub-lite,, no hago mía la perspectiva que se recoge en el fallo, y que se orienta a reconocer los intereses comerciales de la suma de VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NUEVE PESOS ($24.865.509.oo), como consecuencia, se afirma, de la congelación del proceso de comercialización del edificio. este perjuicio, para quien suscribe, NO ES CIERTO, y al ordenar su pago se olvida la valorización del inmueble entre el 24 de junio 1.984 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, con lo cual el demandante obtiene un incremento patrimonial que carece de causa.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D.E., Agosto 16 de 1.990.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS. LEGITIMACION POR ACTIVA. COMUNERO. COMUNIDAD

Definido que el predio pertenece a una comunidad, se imponía demandar las indemnizaciones por daños causados, con ocasión de un trabajo público, en favor de la comunidad, y no del comunero demandante, que predicando ser dueño de todo el inmueble aspira a ingresar a su propio patrimonio el monto total de la condena respectiva. Al demandar para sí, no para la comunidad de que hace parte, carece de legitimación en la causa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto dos (2) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio Cesar Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 5354. Actor : José Resurrección Ovalle González

Demandado: Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

- 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 la apoderada de la parte actora, contra la sentencia calendada el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que declaró probada la

caducidad de la acción respecto del proceso número 1916 y declaró la responsabilidad del centro de imputación jurídica demandado, dentro del informativo número 1869.

Para la mejor comprensión de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del referido proveído. En él se lee:

"El Sr. JOSE RESURRECCION OVALLE GONZALEZ, en demanda presentada ante este Tribunal el 13 de mayo de 1985, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de Reparación Directa y cumplimento solicita se hagan las siguientes declaraciones:

"1o.) "Que se declare responsable al Fondo Nacional de Camino Vecinales, de los perjuicios ocasionados a los predios "Pomorroso y Pomorrosal" de propiedad del Sr. José Resurrección Ovalle González, con la construcción del carreteable Carpintero-Morales, en el Departamento del Cauca, a partir de las absisas (sic) K.0+980 hasta llegar a la quebrada Carpintero en la parte inferior de las fincas, es decir, el segundo tramo de carretera".-

"2o.) "Que se condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, a reconocer y a pagar a favor del actor, el valor del daño emergente que comprende los siguientes conceptos:

"a.- El perjuicio causado directamente a los cultivos por la máquina, por arrasamiento del cultivo de cafetos, plátanos y maderables.

"b.- El valor de los perjuicios que desde ya se prevén sobre una gran población de cafetos y plátanos, como consecuencia de la erosión.-

"c.- Comprende el valor de la tierra sobre el cual pasó el carreteable.-

"d.- Comprende el valor de la tierra que va a quedar inservible en el futuro.-

"e.- Comprende la desvalorización de los predios.-

"f.- Comprende los perjuicios de orden moral .-

"g.- Comprende el valor de los cercos arrasados por la máquina.-

"3o.) "Que se condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, a reconocer y pagar a favor del actor el valor de:

"LUCRO CESANTE, que comprende:

"a) Los frutos que se han dejado y los que se dejarán de percibir, por la ruina de los cafetales, platanales y maderables, durante el resto de vida probable de los mismos.

"b) La corrección monetaria, desde la fecha en que se causaron los perjuicios, hasta que se cancele el valor total de los mismos.-

"c) Los intereses, a partir del día en que se causaron los perjuicios o subdidiariamente a partir del día en que se comunique la sentencia a la demanda. (folios 14 y 15 cuad. 1).

" Este proceso de distinguió con el No. de orden 1869.

" Posteriormente, el 16 de septiembre de 1985 se presentó demanda por intermedio de las misma apoderada y en relación con el mismo actor, proceso distinguido con el No. 1916, solicitando al Tribunal hacer las siguientes o parecidas declaraciones:

"1o.) Que se declare responsable al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, de los perjuicios ocasionados a los predios "Pomorroso y Pomorrosal" de propiedad del Sr. JOSE RESURRECCION OVALLE GONZALEZ, con la construcción del carreteable Carpintero-Morales, en el Departamento del Cauca, a partir de las abscisas (sic) K.0+000 al K.0+980 o sea al primer tramo del carreteable construido en el año de 1981.-

"2o.) Que se condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales a reconocer y pagar a favor del actor, el valor del DAÑO EMERGENTE que comprende los siguientes conceptos:

"a) El perjuicio causado directamente a los cultivos por la máquina o bulldozer, por arrasamiento del cultivo de cafetos y plátano.

"b) El valor de los perjuicios que desde ya se prevén sobre una gran población de cafetos y plátano, como consecuencia de la erosión.

"c) Comprende el valor de la tierra, sobre la cual pasó el carreteable.-

"d.) Comprende el valor de la tierra sobre la que se hallaban arraigados los sembrados de café y plátano.

"e.) Comprende el valor de dos (2) nacederos de aguas.

"f.) Comprende la desvalorización de los predios.

"g.) Comprende los perjuicios de orden moral.

"h.) Comprende el valor de los cercos arrasados por la máquina.

"3o.) Que se condene al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES a reconocer y pagar a favor del actor, el valor del LUCRO CESANTE, que comprende:

"a) Los frutos que se han dejado y los que se dejarán de percibir, por la ruina de los cafetales y platanales, durante el resto de vida probable de los mismo.-

"b) La corrección monetaria, desde la fecha en que se causaron los perjuicios, hasta cuando se cancele el valor total de los mismos.-

"c) Los intereses a partir del día en que se causaron los perjuicios o subsidiariamente a partir del día en que se comunique la sentencia a la demanda. (folios 17 y 18 cuad. 1).

"Los hechos en que se fundamenta la acción, en síntesis hacen relación a la construcción por parte del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, de la carretera "Carpintero-Morales" obra efectuada en un primer tramo en 1981 y cuyo segundo tramo se inició y culminó de 1984, afectando la finca de propiedad del Sr. José Resurrección Ovalle González acarreándole graves perjuicios (ver expediente No.1869-fls 18 a 21, y el expediente No. 1916-fls 18 a 25.-

"LA ACUMULACION:

"La apoderada sustituta de la parte demandante solicitó la acumulación de los procesos distinguidos con los números 1869 y 1916, mediante escrito presentado el 11 de diciembre de 1986.-

"En providencia de 8 de septiembre de 1987 se decretó la acumulación solicitada, los negocios continuaron tramitándose conjuntamente, y corresponde ahora decidirlos en la misma sentencia.

"ALEGATOS DE LAS PARTES:

" La apoderada de la parte demandante argumentó que se estaban debidamente probados los hechos de la demanda, analizando brevemente las diferentes probanzas recaudadas.- Por su parte el apoderado del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, en el expediente 1869 opina que los hechos no se encuentran plenamente demostrados, que además hay un reconocimiento por conceptos de indemnización de perjuicios a favor del Sr. José Resurrección Ovalle González que impide prosperen las pretensiones de la demanda.-

"En el proceso No. 1916 la apoderada de la parte demandada fundamenta su alegato en el hecho de que no está debidamente probada la propiedad sobre los predios afectados con la obra pública, insiste también en la caducidad de la acción, aspecto al que ya se había referido en la contestación de la demanda.-

"OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO.-

"En relación con las pretensiones del expediente 1916 expresa el señor Fiscal Tercero del Tribunal:

"La acción de reparación directa y cumplimiento fue propuesta por la Dra. Hilda Neira de Fuentes en representación del actor José Resurrección Ovalle González, en demanda dirigida a ese Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 9 de mayo de 1985 (fls. 33 del Cuad. 1 del exp. 1916).

"Es decir que transcurrieron más de 3 años después de los últimos hechos (noviembre de 1981) y siendo así se habría producido el fenómeno de la caducidad que se regía para el momento de los hechos por los Art. 28 del Decreto 528 que consagra un término de 3 años, el cual fue reducido a 2 en el código que comenzó a regir en el año de 1984, según las voces del Art. 136-inciso 4".

"En relación con el proceso No. 1869 estima que " La excepción de pago no puede aplicarse a este negocio cuyos hechos ocurrieron en el año de 1984.-

"Igualmente opina que debe declararse probada la responsabilidad de Caminos Vecinales respecto a la continuación del carreteable en el año 1984 y que en consecuencia se debe condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios ocasionados (folios 270 a 274 del cuad.1 expediente No. 1916).

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"1o.) La competencia.-

"Se trata de la acción de reparación directa y cumplimiento consagrada en el Art. 86 del Decreto 01 de 1984, acción que comprendió entre otras las indemnizatoria por trabajos públicos en la que se ubica el caso en cuestión.-

"La regla especial de competencia está contenida en el Art. 132-10 que determina el conocimiento del negocio acumulado para este Tribunal, en primera instancia, dada la cuantía estimada en forma razonada por la parte actora.

2o.) " LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

"En el proceso distinguido con el No.1916 el apoderado de la Nación alega las excepciones de caducidad de la acción con fundamento en que la parte actora ha debido accionar en el término de 2 años conforme al Art. 136 del C.C.A., termino suficientemente vencido teniendo en consideración lo manifestado por el demandante en el hecho tercero de la demanda, la fecha en que las obras contratadas fueron recibidas, el término de 3 meses contado a partir del acto de iniciación de obras y objeto del contrato.-

"Igualmente propone la excepción de compensación, estimando que "de conformidad con lo dispuesto en el Decreto extraordinario Nro. 2770 de 1953 artículo 2o., se considera que los propietarios de las fajas utilizadas en la construcción y ensanche de las vías públicas incluidos dentro de los programas de realizaciones del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, reciben un beneficio económico igual al valor de los mismos, y que de consiguiente, no les asiste derecho para exigir retribución alguna por la cesión de tales fajas, que están obligados a verificar" - folios 110-exp:1916.

"Finalmente en el exp. 1869, propone la excepción de pago sobre la base de que el actor recibió ya la indemnización correspondiente.-

"2.1. LA CADUCIDAD DE LA ACCION.-

"En el auto admisorio de la demanda en el exp:1916 (fls.39),se advirtió sobre la aparente caducidad de la acción, decisión que se postergó para el fallo, en atención al cuestionamiento hecho por la parte actora en el sentido de entenderla interrumpida "por una reclamación hecha al Fondo Nacional de Caminos Vecinales" con fundamento en el art. 68 del C.C.A.-

."Los estudios realizados sobre las diferencias entre caducidad y prescripción como fenómenos jurídicos autónomos, permiten concluir en términos generales que hay caducidad de la acción cuando se ha extinguido o ha expirado el plazo fijado por la ley para su ejercicio, sin que intervengan factores de suspensión o interrupción y sin necesidad de investigar negligencias de parte de quien debía accionar.-

"Ante este planteamiento, precisa hacer un breve análisis sobre la evolución del régimen de caducidad, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, para determinar la viabilidad o no de la interrupción de la misma, tal como lo alega el demandante, así como de la normatividad que gobierna este aspecto, dada la naturaleza especial del proceso para la época de ocurrencia de los hechos.

"Antes de la vigencia del decreto 528 de 1964 las acciones de responsabilidad extracontractual del estado se regían por el sistema de la prescripción civil extraordinaria, toda vez que no existía regla especial de caducidad.-

"El art. 68 del antiguo Código Contencioso Administrativo Ley 167 de 1941 disponía: "También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa.- En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".-

"Posteriormente el Art. 28 del Decreto 528 de 1964, estableció el sistema de la caducidad trienal; " la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la Administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los 3 años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".-

"Para entender el alcance del Art. 68 debe hacerse una interpretación sistemática no solo porque así lo enseñan los principios de hermenéutica jurídica, sino porque una misma redacción lo exige.- Es necesario entonces observar la norma anterior- Art. 67- que consagraba la acción de plena jurisdicción, para pedir con base en ella, *además de la anulación del acto, el restablecimiento del derecho.*- (subraya la sala).-

"A continuación, el Art. 68 prevé la reparación del daño directo por hecho u operación administrativa, como una modalidad de la anterior, pero con la salvedad de que no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente a las administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes.-

"Manejando la lógica de lo razonable, es forzoso concluir que en ningún caso la norma planteó un agotamiento gubernativo, sino la procedencia de la acción sobre restablecimiento del derecho, en forma de indemnización, por hecho u operación administrativa, sin necesidad de ejercitar la acción de nulidad del 67, por cuanto no habría nada que nulitar.-

"Se declaran nulos los actos, pero no los hechos, de allí que el camino a seguir es demandar directamente de la administración- las indemnizaciones correspondientes, en vía jurisdiccional.-

"Y es que se trata de un hecho causa de responsabilidad estatal que no puede la propia administración entrar a juzgar, toda vez que su conducta es la que se invoca como fuente generadora de la reparación reclamada.-

"Para una mayor claridad podemos tomar el texto del actual Art. 86: "Acción de reparación directa y cumplimiento.".-

"La persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad....".-

"Nótese que esta disposición, como antes el art. 68, empleó el término "directamente", para significar que no era necesario impugnar previamente decisión administrativa-alguna, como sucede en los casos de la acción típica de restablecimiento del derecho.-

"Al respecto se pronunció el H. Consejo de Estado: "Además es indispensable anotar que el Art. 68 del C.C.A. no es susceptible de quebramiento por parte de la administración, porque en él se consagra el favor del administrado una acción con el fin de que éste pueda obtener el restablecimiento de su derecho particular lesionado, en el evento de que no sea procedente la acción contenciosa subjetiva por no existir un acto producido regularmente por un órgano o funcionario de aquella, sino un simple hecho llevado a cabo por este.-

"Mediante tal acción, viable únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa y *en ningún caso en la vía gubernativa*, puede el particular lesionado por un hecho de la administración obtener una sentencia en la que se declare la responsabilidad de ésta y se le condene al pago de los perjuicios causados.- El pronunciamiento de una decisión tal le corresponde privativamente a la jurisdicción especial y en ningún caso a la rama ejecutiva del poder público".- (Consejo de Estado sentencia 26 de julio de 1962).-

"Cosa diferente es que la entidad pública, como sucede en el presente caso, reglamente la manera de resarcir los perjuicios causados con ocasión de la ejecución de obras públicas-folio 11, situación en la cual nada obsta para que el particular afectado con el respectivo acto haga la reclamación pertinente.- Pero se trata de una situación administrativa especial prevista por la misma administración que nada tiene que ver con el Art. 68 comentado.-

"El análisis anterior, a juicio del Tribunal, conduce a concluir que no es viable entender interrumpida la caducidad de la acción, de manera que sus términos deben ser cumplidos rigurosamente.-

"Despejada esta primera inquietud, es del caso determinar la norma que rige la caducidad de la acción en el asunto concreto.

"En primer término, observa la Sala, que lo que se ventila en el juicio, es una indemnización por trabajo público, proceso que recibía tratamiento especial antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984.-

"La Ley 167 de 1941, en su artículo 263 preceptuaba: "La demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a causa de un trabajo público, se ocupa o daña una propiedad particular, se dirigirá al Tribunal competente a más tardar dentro de los 2 años de ocurrido el daño o verificada la ocupación" y el Consejo de Estado era competente para conocer del daño y de la ocupación permanente o transitoria de propiedad inmueble particular.- Esta norma fue declarada inexequible parcialmente por la Corte Suprema de Justicia, aduciendo violación del Art. 30 de la Constitución Nacional, razón por la cual la acción indemnizatoria por ocupación permanente correspondió a la justicia ordinaria mientras que la relacionada con daño u ocupación temporal, al Consejo de Estado.-

"Así las cosas, la caducidad de las acciones de responsabilidad extracontractual por hechos anteriores a marzo de 1984, por regla general, estaba gobernada por el Art. 28 del Dcto. 528 de 1964; las indemnizaciones por daños u ocupación transitoria estaban sometidas al art. 263 de la Ley 167 de 1941 y en lo referente a la ocupación permanente era de conocimiento de la justicia ordinaria y estaban sometidas al régimen de la prescripción extraordinaria.

"Como las pretensiones de la demanda están encaminadas a obtener la indemnización "de los perjuicios ocasionados a los predios Pomorroso y Pomorrosal.....con la construcción del carreteable Carpintero-Morales" por cuanto el valor de tierra sobre el cual pasó el carreteable se tomó como un factor del daño emergente, el actor debió accionar dentro de los 3 años siguientes a la realización del hecho (Art. 28 del Decreto 528 de 1.964).-

"Habiendo concluido los hechos fundamento de la acción en noviembre de 1981 (hecho 3 de la demanda), para el tramo comprendido entre las abcisas K0+000 a K0+980, o sea, la primera parte de la carretera, la acción correspondiente a la misma, instaurada mediante demanda presentada ante la secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de mayo de 1985, se encontraba caducada desde noviembre de 1984.- Por esta razón el Tribunal declarará la caducidad respecto del proceso No. 1916, como conceptúa el colaborador fiscal.-

"2.2. *La Compensación.*-

"Encontrando probada la excepción de caducidad para el proceso 1916 no considerada el Tribunal necesario pronunciarse sobre ésta desde luego que sólo se refiere al proceso citado.-

"2.3. *Excepción de pago.-*

"A folios 100 del cuaderno principal del expediente distinguido con el número 1869 propone el apoderado de la parte demandada "la excepción de pago por cuanto la Resolución No. 2401 del 15 de septiembre de 1983 reconoció y ordenó pagar la suma de un millón ochocientos cincuenta y un mil novecientos sesenta y seis pesos ($1´851.966,oo) m.l, a favor del demandante por concepto de la indemnización de los perjuicios causados con la ampliación del Camino Morales-Carpintero". Empero, los conceptos que sirvieron de base para reconocer la indemnización alegada tuvieron como diligencia previa del acta de avalúo de perjuicios (folios 118 del cuad...2, exp. 1916) ocasionados en el terreno comprendido dentro de las abscisas K0+ 000 al K 0+960, o sea la casi totalidad del primer tramo de la carretera Carpintero-Morales-ejecutado por el ingeniero Diego Zambrano, cuya construcción fue suspendida por los reclamos del actor, razón por la cual mal puede considerarse que la indemnización cubrió la totalidad de los perjuicios reclamados, tanto más que, como se ha demostrado, a la fecha de ese reconocimiento ni siquiera se había iniciado la construcción del segundo tramo de carretera causa de los perjuicios que pretende el actor mediante el proceso 1869.

"Basta el razonamiento precedente para no aceptar la excepción de pago referida al proceso 1869.- Procede en consecuencia decidir sobre las pretensiones del actor en este proceso.

"3. ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL.-

"En la actualidad se tiene aceptado por la jurisprudencia y las doctrinantes que la responsabilidad directa de la administración se basa no solo en la falta o falla de la misma sino en el riesgo excepcional en que queden colocados el administrado o sus bienes con motivo de hechos ejecutados por la administración teoría ésta que se ha denominado responsabilidad sin falta.

"Dentro de los eventos que comprende la segunda clase de responsabilidad estatal hay que ubicar la generada por una obra publica y que corresponde precisamente al caso en estudio:

"Tiene ocurrencia cuando el Estado en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo de naturaleza excepcional" (Laubadere) el cual, dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que se resultan de la existencia de ese servicio público.- Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin

culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla en el servicio".- (Sentencia de febrero 2 de 1984 H. Consejo de estado).-

"Se ha de entender, pues, que de acuerdo con los elementos del proceso, se trata de una responsabilidad objetiva por trabajos públicos, con fundamento constitucional en los artículos 16 y 30, disposiciones que consagran la protección por parte del Estado de la vida, honra y bienes de los asociados, y que establecen la

propiedad como una función social que implica obligaciones no solo para el particular sino para la administración, la que tiene el deber de abstenerse en lo posible de causar daño y de repararlo cuando este se dé.-

"En consecuencia estima la Sala que debe juzgarse este caso a la luz de una responsabilidad distinta de la derivada de la falta o falla del servicio, responsabilidad objetiva que sólo implica confrontar los siguientes elementos:

"a.- La realización de la obra pública.

"b.- La propiedad del inmueble afectado; y

"c.- La existencia del daño o perjuicio.-

"Es atinente por tanto, examinar si se ha acreditado plenamente cada uno de estos elementos, fundamento de la prosperidad de la acción resarcitoria.-

"3.1- LA REALIZACION DE LA OBRA PUBLICA.

"En el presente caso se llenan a cabalidad los requisitos que según los doctrinantes caracterizan al trabajo público; la obra fue efectuada por una entidad oficial, con una finalidad estricta de interés público o social, lo que se demuestra con las varias solicitudes de Juntas de Acción Comunal en demanda de la construcción del carreteable- fls.98-110 C. 3, afectando un inmueble de propiedad particular.-

"La ocurrencia del hecho también se encuentra demostrada, no solamente con prueba testimonial y documental sino con prueba pericial, amen de que ha sido aceptado por la parte demandada.-

"Se construyó la carretera "Carpintero-Morales" en un segundo tramo a partir de las abscisas K.0+980 hasta llegar a la quebrada Carpintero en la parte inferior de los predios del demandante.-

"3.2. -LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE AFECTADO.-

"Obra a folios 3 a 8 del expediente 1869, cuaderno principal, copia de la escritura No. 4135 de 4 de diciembre de 1981 de la Notaria quinta del Círculo de Cali, por medio de la cual el Sr. José Danilo Melan Marín transfiere a título de venta real y enajenación perpetua el dominio, goce y posesión sobre sus derechos que tiene en común y proindiviso,- equivalente al 50% con quien en este documento se denominará el comprador, quien se identifica como José Resurrección Ovalle González.....sobre un lote de terreno.....denominado Pomorroso", por la suma de $40.000.oo M/cte.-

"Igualmente copia de la escritura No. 4135 de la misma Notaría e idéntica fecha por medio de la cual se transfiere de igual manera y entre las mismas partes el predio denominado Pomorrosal, por la suma de $30.000.oo M/cte.-

"Estas escrituras debidamente registradas dan fe de que el demandante adquirió derecho de dominio sobre los inmuebles referidos.-

"Àdemás demostró el interés jurídico - para accionar, es decir que fue realmente él quien sufrió el perjuicio por cuanto allegó el respectivo certificado de tradición y libertad de ambos predios y no consta en él cancelación del registro del título.-

"3.3.- LA EXISTENCIA DEL DAÑO O PERJUICIO.-

"Es claro, analizando en su conjunto el acervo probatorio, que con la construcción del carreteable por parte del Fondo de Caminos Vecinales se ocasionaron daños a los predios denominados Pomorroso y Pomorrosal de propiedad del actor, con los consiguientes perjuicios para su propietario, consistentes en la utilización del terreno sobre el cual pasó el carreteable, el desaprovechamiento de las zonas aledañas a causa de los botaderos de tierra a lado y lado de la vía y la pérdida de cafetos, matas de plátano y árboles maderables.

"La existencia de los daños se demuestra con prueba testimonial (folios 30 a 34, 47 a 49, 191 a 192 vuelto cuad, 3) y documentales, folios 91, 95 *ibídem*.- En particular, los propios funcionarios del Fondo Nacional de Caminos Vecinales en el Acta de liquidación y recibo total de las obras referente a la construcción del primer tramo de la carretera, folios 94 y 95 *ibídem*, dejan una nota que, a la letra dice:

"Los propietarios de los terrenos que atraviesa la carretera en su parte inicial se opusieron rotundamente a la continuación de los trabajos de

explanación ya que se presentaron daños evidentes en unos cafetales.- Por tal motivo el contrato se liquida".-

"Los diversos testimonios coinciden en manifestar que la finca estaba sembrada de café y plátanos (ver p. folio 191 vuelto), que se destruyeron algunas matas al construir el carreteable y que a partir de entonces la producción del fundo disminuyó.-

"Existe, además, como prueba, la inspección judicial, cuya acta figura a folios 128 a 130 del cuad. principal, que sirve para corroborar que la finca estaba destinada a la producción de café según la maquinaria que en ella se encontró y para constatar o identificar los predios a los que se refieren las escrituras allegadas con la demanda.-

"De las pruebas recolectadas se colige que existía, con anterioridad a la construcción del carreteable, un camino de herradura, entre las fincas del actor, sendero que se amplió con el objetivo de hacerlo transitable en vehículo automotor, finalidad que se frustró por los perjuicios alegados por el demandante.- Sorprende al Tribunal que la administración no hiciera uso de las facultades legales y concretamente de las previstas por el Acuerdo No. 32 de 1962 del Fondo Nacional de Caminos Vecinales que reglamentó el procedimiento para resarcir perjuicios por causa de obras públicas.- La Nación, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede imponerle a un particular más cargas públicas de las razonables y si lo hace debe indemnizarlo, pero el interés particular en todo caso debe ceder ante el interés público o social, llama igualmente la atención al Tribunal la presunta existencia de dos contratos para la construcción de la misma obra: el contrato No. RC-064-0 celebrado entre Caminos Vecinales y el ingeniero Diego Zambrano "para la explanación del camino "Carpintero-Morales" obra localizada entre las abscisas K0+000 al K5+000 Municipio de Morales- Departamento del Cauca", por $493.358,oo suscrito el 14 de agosto de 1981 (folios 55 a 58) y el contrato No. RC046-0 "Para la construcción de la explanación del Camino: "Carretera Carpintero-Morales", obra localizada entre las abscisas =K0+000 al K8+000, Municipio de Morales-Departamento del Cauca", por la suma de $499.058.88, suscrito entre Caminos Vecinales y la firma Idecon Ltda, el 28 de junio de 1982 (folios 59 a 62) y el hecho objetivo, demostrado procesalmente, de que el camino no presta servicio a pesar de que su terminación acarrearía grandes beneficios a los habitantes de la región y también al demandante, según los Peritos (folios 138 y 188).-

"Con el fin de precisar el alcance y valor de los perjuicios debe analizarse el dictamen pericial que figura a folios 133 a 141, teniendo en cuenta que fue objetado por la actora por error grave (folios 150 a 153) razón

por la cual se ordeno un nuevo dictamen que obra a folios 185 a 190), todo lo cual incide en su mérito probatorio.-

"ANALISIS DEL DICTAMEN PERICIAL:

"Primera pregunta: cantidad de metros cuadrados dañados con la construcción de la segunda parte del carreteable, es decir del K0+980 hasta llegar a la quebrada Carpintero.

"La objeción se hace consistir en que no se tuvo en cuenta el terreno afectado con los botaderos de tierra, terreno que quedó completamente inservible para el cultivo de café.

"Este terreno deberá tomarse en cuenta no para el reconocimiento de su valor, pero sí para el cálculo de las mejoras destruidas. Sin embargo tal como está redactada la pregunta era viable errar en su interpretación.- Aparentemente no se está consignando un dato falso, contrario a la realidad, sino incompleto.- En este punto no prospera la objeción por error grave, pero no puede aceptarse el área dada en el segundo dictamen por cuanto no se aclaró si se descontaron los metros correspondientes al camino veredal.

"En relación con el valor del terreno ocupado permanentemente con la construcción del carreteable, como no fue precisado claramente por los Peritos, deberá determinarse por el procedimiento incidental del Art. 308 del C. de P.C.-

"b) La segunda pregunta: valor de los cafetos arrasados por el bulldozer.-

"La objeción consiste en que el precio del café es superior a $45.oo valor que tomaron los Peritos.-

"En este proceso se solicitó a la Federación de Cafeteros, a la Caja de Crédito Agrario y al Banco Cafetero el aporte de datos técnicos sobre el valor de un árbol de café, su producción, valor de una mata de plátano vida promedio, etc. a fin de que los Peritos tuvieran suficientes elementos de juicio para rendir su dictamen.-

"Sin embargo como se obtuvieron variaciones significativas de precios según la entidad certificante, y la Federación Nacional de Cafeteros a folios 27 del cuaderno 3, señala el valor en $50.oo, no puede afirmarse error grave al tomar los Peritos como valor para una mata de café $45, aunque el segundo dictamen establezca un precio para mayo de 1986 de $160.oo.-

"c) Tercera pregunta:

"Valor de las matas de plátano arrasadas por el bulldozer.- Se objeta igualmente por el valor ínfimo de $30 asignado a una mata de plátano en plena producción.-

"Para esta pregunta valen las mismas razones expuestas en la pregunta anterior que impiden prospere la objeción.

"d) Cuarta pregunta:

"Valor de los árboles maderables arrasados por el bulldozer.

"Los Peritos responden que de acuerdo con la vegetación no existían árboles maderables, se trataba de un bosque secundario, sin valor comercial.-

"El objetante hace consistir el error grave en ser la respuesta totalmente irreal.- Existe un bosque que si bien no vale lo mismo que uno con fines industriales sí tiene un precio porque de ahí se acaban las vigas y soleras para la construcción de la casa.-

"Analizada la respuesta, los Peritos no niegan la existencia del bosque, simplemente consideran que no tiene un valor comercial.-

"Los Peritos en el segundo dictamen le asignan un valor de $10.000 por ser especies útiles en construcciones rústicas.

"La Sala estima que los expertos respondieron de acuerdo con su leal saber y entender, con un criterio discutible, pero no por ello puede hablarse de error grave. De acuerdo con la pregunta podría el bosque no tener un valor comercial porque sus árboles no son maderables en el sentido estricto de la palabra.-

"Este punto fácilmente ha podido ser objeto de complementación pero no de error grave.-

"No prospera el cargo.-

"e) Quinta pregunta:

"Valor de la tierra por donde pasó el carreteable.

"Responden los Peritos: "El valor de la hectárea de tierra en el sitio de referencia es de $70.000.oo.-

"Dice la objetante que el valor de la hectárea es irreal.-

"Confrontando los diversos elementos probatorios que obran en el expediente tenemos:

"La Federación Nacional de Cafeteros Comité Departamental del Cauca, a folios 27 C.3, en noviembre 20 de 1985 certifica que el valor promedio de una hectárea de tierra cafetera es de $300.000 en tierra cafetera y con café nuevo.

"Los Peritos en el segundo dictamen le asignan un valor de $100.000.oo, para el mes de mayo de 1986 (folio 186).-

"Como según la Fundación Manuel Mejía, en oficio del 2 de diciembre de 1985 (folio 43 cuad. 3), el valor promedio de una hectárea de tierra cafetera depende de la ubicación a nivel de Departamento, Municipio, Vereda, aguas, electrificación, suelos, topografía y clima, considera la Sala que el precio dado inicialmente no constituye error grave.

"f) Preguntas sexta y séptima:

"Valor de los cafetos que se acabarán en el futuro por causa de la construcción del carreteable y de las matas de plátano. "Respuesta: No se acabará ningún cafeto ni plátano porque no hubo daños definitivos.-

"La objetante afirma que no se tuvo en cuenta que la tierra que botaron de la carretera tapó gran cantidad de árboles de café y matas de plátano.-

"En el segundo dictamen. por el contrario se considera en un 20% la superficie inutilizada por efecto del volcamiento de tierra.- Esta es la única prueba que obra en el expediente sobre este punto, de modo que el Tribunal no posee suficientes elementos de juicio que le permitan darle más credibilidad al segundo dictamen y tomarlo como prueba eficaz para dar por cierto el error grave.

"Diferente es que ante las imprecisiones y falta de explicaciones no se acoja uno u otro dictamen..

"g) Pregunta octava: valor del terreno que quedará por fuera de toda actividad agrícola.

"Los Peritos responden que salvo el terreno ocupado por el carreteable, ningún otro terreno se pierde definitivamente para la agricultura.-

"Las mismas observaciones hechas sobre la objeción anterior, son válidas para el rechazo del presente cargo.-

"h) novena pregunta: valor de dos nacederos de agua.

"No existe fundamento alguno de la objetante que permita declarar error grave.-

"i) Pregunta décima: valor de la depreciación de la finca a causa del carreteable.-

"Responde: no hubo depreciación.- Al contrario, si la obra no terminara, entraría en servicio y facilitaría la administración de la finca, el transporte de insumos y la producción se haría en forma mecánica.

"La objetante considera que los Peritos hablan de una situación hipotética más no de una realidad que pudieran observar directa y personalmente.-

"En el segundo dictamen se responde que el terreno perjudicado corresponde al 1.9% de las 27 hectáreas-superficie de la finca y en ese mismo porcentaje se considera la depreciación que pudiera afectar la totalidad del predio.

"En criterio de la Sala esta respuesta tampoco contiene error grave porque el carreteable no causa depreciación a la finca; los perjuicios provienen de su no terminación en la cual ha tenido activa participación del demandante.-

"La causa de esta petición del actor radica en la pérdida de valor del predio con motivo de su división-Empero es conveniente anotar que el predio mencionado ya se encontraba dividido por un camino veredal que fue ensanchado con el carreteable y el valor del terreno correspondiente a la ampliación le será reconocido como daño emergente.

"j) Décima segunda (sic) : valor del lucro cesante de todo el café o valor de todos los frutos que se han dejado de recolectar hasta el momento durante el tiempo de vida probable de los cafetos.

"Se estima que los Peritos respondieron a la pregunta hecha, fijando tres años de vida probable a las matas.

"En el segundo dictamen se estableció el valor del cafeto durante el tiempo transcurrido a partir de los hechos-1984 hasta 1986.-

"Consideraron los expertos "que la indemnización con valores actuales de cada uno de los factores considerados, incluyendo el valor de la tierra (con todo sus anexos) significa una compensación total y definitiva, sin que se dé lugar a pensar en vida probable de años más allá de la fecha actual.-

"Por lo anterior no prospera la objeción.-

"k) Décima tercera: valor del lucro cesante de todo el cultivo de plátano que se ha dejado de cosechar hasta el momento y el que se dejará de recolectar o cosechar durante el tiempo de vida probable de las matas de plátano.

"No se acepta el cargo con base en las consideraciones hechas a la anterior respuesta.-

"i) Pregunta décima quinta: (sic) valor de los perjuicios por el licenciamiento de personal que trabajaba en las fincas.-

"Los Peritos estiman que no ha habido licenciamiento de trabajadores a consecuencia de las obras de la carretera.

"En el segundo dictamen se responde: "el terreno en cuestión es sólo el 1.9% de las fincas, lo que no indica licenciamiento de personal".-

"No existen otras pruebas que permitan arribar a conclusiones diferentes, de manera que, acogida o no la conclusión del dictamen, no puede hablarse en ningún caso de error grave.-

"ll) La pregunta décima sexta no expresa fundamento alguno de error grave.-

"m) Pregunta décima séptima: que digan si la tierra ocupada por los botaderos de tierra y la que se erosionará, podrá ser utilizada de nuevo productivamente.-

"Respuesta: las tierras que recibieron el material de bote y los taludes están estabilizados.- Inclusive, la maleza ya los ha invadido demostrando que no se ha perdido la fertibilidad. En el talud de los cortes sí se presentaron derrumbes que no podrían controlar mediante la siembra de césped, si la carretera se terminara con todas sus normas técnicas".

"Estima la objetante que la respuesta no es seria sino una mera idea o sugerencia.-

"La Sala al contrario piensa que a la primera inquietud se respondió claramente.-

"En el segundo dictamen se respondió: "es posible, con algunas limitaciones".- faltó precisión y explicaciones en esta respuesta, pero no se ve como la afirmación inicial pueda constituir error grave.-

"n)En relación con la pregunta décima octava, tampoco se indica en qué consiste la objeción.

"ñ) Pregunta décima novena: Si la mencionada vía carreteable que se ha venido comentando es apta para el tránsito de automóviles o camperos, con carga o no, y por qué sí y por qué no.-

"Los Peritos responden que en el estado actual de la carretera, no es transitable ni siquiera por camperos.-

"Los Peritos en su respuesta se ajustaron estrictamente a la pregunta. En igual forma se contestó en el segundo dictamen, sin que pueda considerarse error grave.

"o) En relación con la pregunta vigésima, se trata de un concepto dado por los Peritos de acuerdo con lo examinado y con sus conocimientos.

"Su respuesta, si bien puede ser discutible, no implica por ello error grave.

"p) Pregunta vigésima segunda: (sic) vida promedio de una mata de café caturra y una mata de plátano.

"Respuesta a) para la mata de café 8 años con óptimo manejo.

"b) para la de plátano: 5 años con óptimo manejo.

"Objeción: la respuesta no se acomoda a la realidad....a mayores años de vida de la mata de plátano mayor es su producción y su vida probable no es de 5 años.

"Se aclara que la pregunta se refiere únicamente a la vida probable y no a la producción.

"Los Peritos en el dictamen rendido como prueba manifiestan para la mata de café una vida probable de 8 años y para la de plátano 5 años, cifras respaldadas por las entidades a las que se ofició al respecto.

"En conclusión no prospera la objeción por error grave al dictamen.

"Con todo, la Sala no encuentra elementos suficientes en el plenario para producir una condena en concreto, debido a que no existen los índices de precios al consumidor para la actualización de la condena, a la deficiente fundamentación de los dictámenes en algunos puntos y a las grandes diferencias que sobre datos específicos aportaron las entidades llamadas a certificar en el proceso. Aún relacionando el dictamen con otros elementos probatorios -documentos, testimonios- no puede precisarse en debida forma el quantum de los perjuicios.-

"En virtud de lo expuesto la condena por perjuicios será en abstracto para su trámite incidental conforme al artículo 308 del C. de P.C., en orden a cuantificar el daño emergente y el lucro cesante, consistente el primero en el valor de la tierra sobre la cual pasó el carreteable y el pago de todas la mejoras destruidas con la obra.- Por lucro cesante se reconocerá el valor de los frutos que dejarán de percibirse por razón de la obra y los intereses conforme al Art. 177 inciso 5 del C.C.A,-

"Se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

"1o.) Se determinará el área ocupada con la construcción del carreteable para ordenar el pago de su valor.

"2o.) Se determinará el total de área inactiva la que se tomará para el cálculo de las mejoras arrasadas, descontando de esta área los metros correspondientes al antiguo camino veredal.

"3o.) Se tendrá en cuenta que los hechos sucedieron a partir de marzo de 1984.-

"4o.) Se promediará el valor de las matas de café y plátano para la época de los hechos y para la fecha en que se rinda el dictamen, teniendo en cuenta la zona donde está ubicada la finca, y las certificaciones dadas por Fedecafe actualizando los precios, o en su defecto acogiendo los que ya obran en el expediente.

"5o.) Se rendirá un nuevo dictamen procurando obtener de la Caja Agraria o del Servicio de Extensión del Comité de Cafeteros del Cauca-División Técnica la colaboración de uno de sus funcionarios expertos en estas materias para que junto con un auxiliar de la justicia emitan dictamen conforme a los puntos que presenten las partes y fije el Tribunal, dentro de los límites de esta sentencia.

"6o.) La condena se actualizará con base en la certificación que el Banco de la República expida sobre el índice de precios al consumidor a la fecha de los hechos-marzo de 1984 y a la fecha de este fallo.

"PERJUICIOS MORALES:

"Reclama el actor el pago de perjuicios morales (folios 17) los cuales tasa en $10.000.000, suma de por sí exagerada si tiene en cuenta que el máximo precio reconocido hoy al dolor moral sólo llega hasta el valor de un mil gramos oro.-

"Considera que consisten el permanente temor que lo asalta de no poder cumplir con sus obligaciones...además de que sus ingresos se vieron disminuidos en forma vertical debido a la reducción en las cosechas..no

es cualquier cosa, ver impotente que sus fincas que cuidó con tanto esmero y que son el único capital que se tiene, se ven destruidas..."(folios 20 exp. 1869).-

"La Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido reiterada en el sentido de que no cabe hablar de perjuicios morales por pérdida de bienes materiales, sino únicamente por pérdida de seres queridos.-

"Pese a lo anterior, en sentencia de julio 28 de 1987, esa misma Corporación, con potencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo diferenció entre los perjuicios reclamados por la destrucción de un bien y los pretendidos por la alteración de tipo emocional a que se vieron expuestos los afectados con dicha destrucción.-

"Expuso así: "En el caso concreto éstos no se reclaman por la destrucción de la casa de habitación, sino por la angustia que tuvieron que sufrir durante el operativo antisecuestro, en el que estuvieron en grave peligro de perder sus vidas.- Esa angustia o conmoción fuerte produjo un impacto sicológico difícil de olvidar, gratuito para los demandantes, exagerado fuera de lo común y excepcional frente a los riesgos que se deben soportar por vivir en comunidad" (Jurisprudencia y Doctrina).-

"En criterio de la Sala no se dan en el presente asunto las condiciones para reclamar perjuicios por alteración emocional.- Con diversos documentos se demostró procesalmente que la comunidad exigía de tiempo atrás la ampliación del camino para desembotellar la región y abrirla al progreso (folios 98 a 110).

"Con el propio demandante se había hablado al respecto pero antepuso sus intereses personales al bien de la comunidad.- La nación colombiana respalda constitucionalmente la propiedad privada y aunque la asigna una función social respeta el derecho de dominio del propietario, razón por la cual se lo debe indemnizar con una suma equivalente al valor del bien material del que ha sido despojado o del daño que se ha causado.- Pero no hay motivo alguno, en criterio del Tribunal, para agregar una indemnización por daño moral desde luego que el actor debió comprender la necesidad regional, aceptar que su pérdida material debía serle indemnizada, comprender que sólo se le afectaba el 1.9% de su propiedad (folios 187) por lo cual podía continuar gozando y usufructuando el resto, en fin, que se trataba de un riesgo normal al que estamos expuestos para continuar viviendo en sociedad y disfrutando de los bienes y valores que la vida en común depara el hombre civilizado.

"Por lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"FALLA:

"1o.) Declárase probada la excepción de caducidad de la acción referente al proceso distinguido con el No. 1916 de este Tribunal.-

"2o.) El Fondo Nacional de Caminos Vecinales es responsable de los perjuicios ocasionados a los predios "Pomorroso· y "Pomorrosal", de propiedad del Sr. José Resurrección Ovalle González, por la ejecución de una obra pública consistente en la construcción del carreteable Carpintero-Morales, en el Departamento del Cauca, a partir de las abscisas KO+980 hasta llegar a la quebrada Carpintero en la parte inferior de las fincas, según expediente distinguido con el No.1869.

"3o.) Como consecuencia de lo anterior, condénase al Fondo Nacional de Caminos Vecinales a pagar en favor del señor José Resurrección Ovalle González los perjuicios materiales causados por los hechos analizados en esta providencia y de acuerdo con las bases en ella dadas, los cuales se liquidarán mediante el procedimiento incidental del art. 308 del C. de P.C.

"4o.) La suma de dinero que resulte de la liquidación de los perjuicios materiales causará intereses comerciales corrientes dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que decida el incidente y de allí en adelante intereses moratorios.-

"5o.) No prospera la objeción formulada al dictamen pericial.

"6o.) Se niegan todas las demás pretensiones de la demanda.-

"7o.) No se condena en costas (art. 171 del C.C.A.)." .(Folios 276 a 296 Cdno No. 1).-

II-. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 307 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso.

En lo sustancial del mismo se destaca:

"En relación con el proceso No. 1916, vale decir, del Kilómetro 0+000, hasta el Km. 0+980, correspondiente al primer tramo construido del carreteable. No hay caducidad de la Acción, porque expresamente el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, ha querido reglamentar el cobro de los perjuicios causados por él, a lo cual no podemos oponernos de

CUATRO DE CUERDO
BIBLIOTECA

ninguna manera, porque dentro de sus facultades que le otorga la ley, está el darse su propia organización, y establecer sus propios métodos, dentro de la autonomía administrativa, patrimonio independiente y personería jurídica que tiene. Por lo tanto, cuando se va a accionar contra entidades de éste tipo, debe pensarse si se hizo o cumplió el trámite previo establecido en sus propios reglamentos. Es a partir de ese momento, cuando debe empezarse a contar el término de la caducidad de las acciones, pues voluntariamente ha querido que se opere una interrupción o suspensión del término de caducidad, hasta tanto decida sobre el reconocimiento directo de los perjuicios. Accionar antes de que se produzca dicho pronunciamiento es demandar antes de tiempo y facultaría al demandado para proponer la excepción de Inepta demanda.

"Esta la razón principal para que se hubiera presentado la demanda dentro de los 3 años siguientes, al pago por parte del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, de la Indemnización por los daños causados con la ampliación del camino Carpintero-Morales.

"También puede afirmarse que no ha existido caducidad de la acción, tomando en cuenta el ultimo hecho ocurrido o perjuicio causado con la construcción del carreteable, porque al fin de cuentas se trata de:

"1o.- Una integridad de hechos, que se iniciaron en 1981, se suspendieron durante un tiempo y se continuaron cuando se vencieron algunos escollos.

"2o. -Entre un hecho y otro no alcanzó a transcurrir un lapso de tiempo suficiente como para delimitar dos periodos de caducidad diferentes, es decir, que no transcurrieron entre un hecho y otro, mas de tres años.

"3o. -Se trataba de una sola obra, un solo objeto, el carreteable de Carpintero a Morales.

"4o. -Se hizo con un solo contrato de obra.

"5o. -Lo realizó el mismo bulldozero, con la misma máquina y por cuenta del mismo Ingeniero.

"6o. -Fue la misma persona jurídica, Fondo Nacional de Caminos Vecinales, la que causo el perjuicio.

"7o. -Los hechos ocurrieron sobre los predios del mismo demandante.

"8o. -La demandada ha excepcionado con el pago de una indemnización para los dos tramos que se discuten en los dos expedientes, con lo cual está aceptando tácitamente que se trató de un solo perjuicio.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

"9o. -En la demanda se solicitó que el valor recibido como indemnización del primer tramo se tuviera en cuenta para descontarlo del valor total a que resultara condenada la demandada.

"Se presentaron por separado las demandas temiendo que se aplicara la excepción de indebida acumulación de pretensiones, porque se dijera como efectivamente ha ocurrido, hasta ahora, que las acciones correspondientes al primer tramo habían caducado.

"Cuanto se relaciona con el expediente No. 1869, vale decir, con el correspondiente al segundo tramo del carreteable, que va del K.0+980 hasta la quebrada Carpintero, debo decir que no hay disculpa valida para no haber fallado el negocio en concreto. El argumento de que no existe claridad en relación con los peritazgos, y que no existe unidad de criterios en relación con los precios, no es disculpa, porque había podido tomarse el total de los peritazgos -en el expediente hay cantidad de ellos-, incluyendo el practicado por el Juzgado de Instrucción Criminal, y promediar los valores dados para cada uno de los elementos sometidos a experticio.

"De darse otro peritazgo, quedaríamos en las mismas circunstancias y condiciones de hasta ahora. Por que se habría de dar mayor valor, o valor único a éste último, por encima de todos los anteriores peritazgos?.

"Además, no es que los Peritos no hayan dicho el área que ocupaba el camino veredal, antes de la construcción del carreteable, sino que éste no existía en la segunda parte, como si lo había en la primera, vale decir, del K.0+000 hasta el K.0+980.

"Eso de la existencia de un camino veredal que se mencionó en la demanda, se debió a una equivocada interpretación de la información dada por el cliente a la suscrita. Además, lo afirmado por las partes en las demandas, no vale, contra lo probado procesalmente en un juicio. y en el presente caso, los señores Peritos hicieron caso omiso al mencionado camino veredal, porque sencillamente no existía. Esto lo hubiera podido afirmar también uno de los H. Magistrados que fueron a practicar la diligencia de Inspección Judicial, como el Dr. Alvaro Concha Narváez, pero infortunadamente él se retiró quedando en su remplazo el H. Magistrado hoy ponente, quien nunca asistió a una de ellas.

"No considero justo, equitativo ni legal, el someter a un administrado que a sufrido tanto perjuicio por los hechos, de otro, a que siga haciendo erogaciones tan costosas, como son las que requieren un incidente como el propuesto por el H. Magistrado Ponente, habiendo la totalidad de las pruebas indispensables para proferir un fallo en concreto.-

"Complemento lo anterior diciendo que se han hecho seis (6) Inspecciones Judiciales, lo cual le ha salido supremamente costoso al demandante, las cuales reposan dentro del expediente, todas ellas con peritazgos.

"En relación con los valores dados por los Peritos a los diferentes elementos, si existió diferencia marcada entre unos y otros; otra cosa es que el H. Magistrado no lo haya considerado así, pero según los lineamientos lógicos y legales debía haberse dejado de lado el primer peritazgo.

"Analicemos nada más el peritazgo hecho en 1982 para pagar la indemnización por los perjuicios causados con, el primer tramo del carreteable. Estos valores correspondían a la realidad de ese momento. Cómo es que cinco o seis años después con la evaluación tan galopante, esos mismos elementos puestos a consideraciones de los Peritos pueden tener un valor inferior? Curioso, verdad? Cuál será entonces el precio verdadero?

"Para el caso de otro peritazgo no se van a encontrar las cosas en las mismas y ni si quiera parecidas circunstancias a las que existían al momento de causarse el perjuicio. Todo está cubierto de monte, pero el perjuicio así está latente pues la producción se acabó.

"Es conveniente dejar en claro que todos los Peritos estuvieron de acuerdo en que el carreteable no quedó sirviendo, y por lo tanto, lo que hizo fue desvalorizar las fincas.

"En lo que sí estoy de acuerdo es en la actualización de las condenas, lo cual puede ser ordenado por el H. Consejo de Estado, si lo estiman pertinente y conducente.".

III-. CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES

A folios 313 y siguientes obra el alegato presentado por el mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado, en el cual solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, con apoyo en las siguientes razones:

".....en el expediente se encuentra debidamente probado que la construcción del camino: "MORALES - CARPINTERO" se inició a petición de las Juntas de Acción Comunal de las Veredas El Porvenir, San Antonio y Carpintero. Construcción que conllevaría a disminuir la distancia en 24 Kms. aproximadamente.

" Así mismo se encuentra debidamente probados los dineros invertidos por el Fondo Nacional de Caminos Vecinales para la construcción de la vía, los cuales sumados al pago efectuado al demandante por concepto de indemnización de perjuicios mediante la Resolución No. 2401 del 15 de septiembre de 1983 por la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (1'851.966.oo) M.L., arrojando una inversión cuantiosa. Por lo tanto, al no continuarse con la ejecución de los trabajos por la oposición del actor dichos dineros se pierden irremediablemente, así mismo se causa un perjuicio enorme a la Comunidad, cual era el de comunicar la Comunidad de Morales con Carpintero anhelo esté de muchos años.

"Por otra parte, el actor en el hecho veinteavo de la demanda afirma: "Con la construcción del carreteable se destruyó por arrasamiento las cercas que separan a ambos lados de la vía o camino veredal", lo cual demuestra y el mismo demandante lo declara que previamente a la construcción del carreteable, existía un camino veredal el cual sirvió como base para que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales desarrollara sus trabajos ampliando dicho camino, asimismo los testimonios recepcionados los cuales obran en el expediente a los señores OMAR DARIO GARCIA y JAIME ALONSO BUITRAGO que al preguntárseles: "Diga cuál era la anchura del camino antes de construirse la carretera, el primero manifestó la anchura de 3 mts. y el segundo de 2 mts." Extensión ésta Honorables Consejeros que se debe tener en cuenta para descontar el área afectada, toda vez que en los informes rendidos por los Peritos no hay una claridad en la extensión del área afectada, ya que uno de ellos informa que es de 2.450 M2 y el segundo manifiesta que es de 5.180 M2.

"Por lo anterior, es desproporcionado y exorbitante lo afirmado por el demandante cuando se refiere en el hecho octavo de la demanda de una destrucción de mas de 6 y 1/2 hectáreas. Así como lo es cuando estiman los perjuicios en la suma de $41'569.399.oo M.L.

"Asimismo Honorables Consejeros, a folios 128 a 129 y 185 a 190 del cuaderno principal se encuentra los informes rendidos por los Peritos en los que se establece que el movimiento de tierra causado se ha estabilizado en un 100% sin ocasionar erosión alguna, como también de ninguna manera se acabó con la reserva maderable ni se contaminó las aguas del río Carpintero como lo afirmaron el actor en los hechos noveno y octavo de la demanda respectivamente.

"En cuanto a lo afirmado por el actor en el hecho décimo sexto de la demanda sobre las obligaciones contraídas con el Banco Cafetero y el incumplimiento de las mismas, no obedece en manera alguna ala realización de los trabajos por cuanto el demandante ya venía

incumpliendo con el pago de dichas obligaciones como se desprende del oficio No. ACS-0603 de marzo 12 de 1986, remitido por el Banco Cafetero el que se encuentra a folio 149 a 151 del cuaderno No. 3 del expediente.-

"De otra parte, así se hubieren causado perjuicios al demandante no debería tener en abandono la finca por cuanto los trabajos se realizaron en menos de media hectárea.

"Por lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta los informes rendidos por los Peritos así como de los beneficios que conllevaría la terminación de la obra y la inversión de los dineros efectuada en dicha vía por Caminos Vecinales, comedidamente invoco a los Honorables Consejeros de Estado absolver de todo cargo o responsabilidad a la Entidad pública que represento.".

- IV -. VISTA FISCAL

El Señor Fiscal Séptimo de la Corporación, Dr. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"El primer aspecto con el que recurrente manifiesta su desacuerdo se refiere a la caducidad declarada por el Tribunal a-quo en el proceso No. 1916. En este caso la apoderada de la parte actora entendió que el término de caducidad podía interrumpirse por una reclamación que hizo ante el Fondo Nacional de Caminos Vecinales. El objeto de este proceso tiene su originen en los trabajos realizados en los predios denominados "Pomorroso" y "Pomorrosal" con la construcción del carreteable Carpintero-Morales, en el Departamento del Cauca, a partir de las abscisas K.0+000 al K.0+980,o sea el primer tramo de la carretera construida en el año de 1981, trabajos que fueron entregados en mismo año. La correspondiente demanda fue presentada el 9 de mayo de 1985.

"Contra lo que afirma la recurrente, la acción de reparación directa y cumplimiento no exige agotamiento de la vía gubernativa y el Acuerdo No. 32 de 1962, sobre indemnización de perjuicios y procedimientos para reconocerlos, tan solo reglamenta la manera como el Fondo Nacional de Caminos Vecinales reconoce perjuicios a los propietarios de los predios que a causa de la ejecución de sus obras result (sic).

"En manera alguna está señalando ese Acuerdo- y mal podría hacerlo- un procedimiento administrativo previo que exija a los particulares la interposición de los recursos que son característicos de la etapa administrativa para que la administración declare, modifique o revoque una decisión suya expresada en un acto administrativo.

"Al respecto, el doctor Carlos Betancur Jaramillo dice:".....La vía gubernativa en el sistema colombiano no cabe sino contra los actos administrativos creadores de situaciones individuales o concretas, a instancia de las personas afectadas con los mismos y con miras a lograr una nueva decisión de la administración que los declare, modifique o revoque; nueva decisión que se integra a la primera para formar así una unidad compleja que, como tal, deberá considerarse para efectos de una futura demanda ante la jurisdicción administrativa".(Derecho Procesal Administrativo, Señal de Editora, Medellín 1985, págs 105-106).

"Pero si en gracia de discusión aceptaremos que el Acuerdo No. 32 de 1962 reglamentó la vía gubernativa para esta clase de acciones, siempre que se intentaran contra el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, esto no tendría valor legal alguno frente al contenido del articulo 86 del decreto 01 de 1984, cuyo texto reza:

"ART. 86. la persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho. la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o. la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad.

"La misma acción tendrá todo aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos". (Se subraya).

"En relación con el expediente No. 1869, correspondiente a la acción instaurada por los trabajos realizados en el segundo tramo del carreteable que va del k.0+980 hasta la Quebrada Carpintero, y en relación con la condena que por perjuicios en abstracto hizo el a-quo, y con la disposición de rendir un nuevo dictamen, en el cual se procuraría obtener la colaboración de un funcionario de la Caja Agraria o del Servicio de Extensión del comité de Cafeteros del Cauca-División Técnica o la colaboración de uno de los funcionarios expertos en esas materias para que, junto con un auxiliar de la justicia, emita dictamen conforme a los puntos que presenten las partes y fije el Tribunal dentro de los límites de la sentencia, hay que anotar que pese a lo extenso de la prueba pericial que obra en el expediente, ella no fue suficiente para establecer la veracidad de los hechos que dieron origen al proceso, pues del análisis de su contenido se refiere que no cumple con el objetivo de toda prueba pericial. Esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233 del C. de P.C. para verificar hechos que requiere especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Pero, además, el dictamen debe ser claro, preciso y detallado, y debe expresar los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones artículo 237-6 ibídem, pues en la apreciación que haga el juez el valor de convicción dependerá de

la firmeza, de la precisión y calidad de los fundamentos -artículo 241 del C. de P.C.-. Si el dictamen pericial, como ocurrió en este caso, no reúne los requisitos exigidos en las disposiciones antes citadas, tampoco puede contar con el poder demostrativo necesario para que sobre él se tome una decisión, lo cual evidencia que no por ser abundante es mejor la prueba. En cuanto a lo oneroso que puede resultar su práctica, es de anotar que ello no es razón que deba tener en cuenta el fallador para no decretarlas, y para evitar tales erogaciones, pues es deber de las partes procurar que la prueba revista la calidad mínima que no haga necesaria su repetición o ampliación; tal obligación emana del artículo 242 del C. de P.C. en cuanto se refiere a la obligación que asiste a las partes de colaborar con los peritos.

"Por otra parte, la afirmación de la recurrente según la cual, de acuerdo con los lineamientos lógicos y legales, debía haberse dejado de lado el primer peritazgo, choca con el mandato expreso contenido en el segundo inciso, del artículo 241 del C. de P.C. que dice: "Si se hubiera practicado un segundo dictamen, este no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave".

"En consonancia con lo dicho y tomando en cuenta lo deficiente que resultó la prueba pericial practicada en este proceso, si a juicio del fallador requería precisión y firmeza, esa Corporación no solo podía sino debía, en aras de establecer la verdad de los hechos debatidos en el proceso, decretar pruebas de oficio, o bien ordenar a los peritos que aclararan, complementaran o ampliaran el dictamen en las oportunidades señaladas en el artículo 180 del C. de P.C. artículo 240 ibídem-cuyo texto expresa:

"Art.180. Decreto y prácticas de pruebas de oficio. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente antes de fallar.

"Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades que disponen las partes, el juez señalara para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso".

"La norma transcrita imponía al Tribunal la obligación de decretar pruebas tan solo en el término probatorio de la primera instancia y en el de los incidentes, o, precluídas estas etapas, antes de fallar, pero no como ocurrió en este caso en la sentencia misma.

"De otra parte, el dictamen ordenado en el fallo no puede considerarse como una base para efectuar la liquidación, pues para su práctica no se fijó criterio alguno sobre el cual debería fundamentarse la cuantificación

de la condena; tan solo se dijo que los peritos emitirían dictamen conforme a los puntos que presentaran las partes y fijara el Tribunal dentro de los límites de la sentencia.

"El dictamen pericial, como las demás pruebas aportadas al expediente, sirvieron para demostrar la existencia de los perjuicios reclamados por el actor. Sin embargo, la imprecisión y vaguedad de aquellos llevaron al a-quo a fallar in genere, de tal manera que los índices de precios al consumidor para la actualización de la condena y demás certificaciones que se requerían para determinar la cuantía de las pretensiones puede obtenerse de las entidades respectivas sin necesidad de acudir a un nuevo dictamen pericial.

"Por lo anteriormente expuesto, en concepto de esta agencia fiscal, el numeral tercero de la parte resolutiva del proveído apelado debe modificarse, en el sentido de excluir el nuevo dictamen pericial ordenado por el a-quo y que se tendría como una de las bases con arreglo a las cuales habría de efectuarse la liquidación, y confirmarse en todo lo demás.". (folios 318 - 321 Cdno No. 1).

V -.CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Por razones de orden, la Sala se detendrá en el estudio de la titulación de los predios matriculados con los nombres "POMORROSO" Y "POMORROSAL", con el fin de definir si el actor está legitimado en la causa para demandar como dueño, pues ésta es la calidad que invoca, tanto en la demanda presentada el día trece (13) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), como en la instaurada el dieciséis (16) de septiembre del mismo año.

TITULACION DEL PREDIO POMORROSO.

Se inicia con el registro de la escritura No. 73 del 22 de enero de 1944, pasada ante el Señor Notario de Popayán, en virtud de la cual se adjudicó el referido inmueble, desgajado de un lote mayor, a las siguientes personas:

NUÑEZ MERCEDES

DIAZ VDA DE NUÑEZ MARIA LIBRADA, Y

NUÑEZ CARMEN.

Aparece luego que NUÑEZ DE SABOGAL CARMEN, por escritura No. 213 de 27 de mayo de 1978, vendió su derecho, por la suma de CUARENTA MIL PESOS ($40.000.oo), a los señores:

JOSE DANILO MELAN MARIN, Y

JOSE RESURRECION OVALLE GONZALEZ.

Finalmente, por escritura No. 4130 de diciembre 14 de 1981, José Danilo MELAN MARIN LE VENDIÓ su derecho a José Resurrección Ovalle.

El certificado de tradición que obra al folio tres (3), del Cuaderno Nro. 1, Expediente Nro. 1916, no permite ir más lejos en el examen de la titulación, pues no aporta mas datos. Así las cosas, se tiene que los derechos de MERCEDES NUÑEZ y de MARIA LIBRADA DIAZ VDA DE NUÑEZ, no han sido enajenados, circunstancia particular del caso que permite concluir que el predio "POMORROSO", pertenece a una comunidad, para la cual el comunero demandante no pide absolutamente nada.

TITULACION DEL PREDIO POMORROSAL.

La titulación del predio "POMORROSAL", también se inicia con la Escritura Pública Nro. 73 del 22-01-44, y de ella se desprende que el inmueble fue adjudicado en partición a las siguientes personas:

MERCEDES NUÑEZ

DIAZ Vda. de NUÑEZ MARIA LIBRADA

AURELIO NUÑEZ

JUAN BAUTISTA VIDAL NUÑEZ

PATRICIO VIDAL NUÑEZ

CARMEN NUÑEZ DIAZ

MERCEDES NUÑEZ DIAZ, y

LUIS MARINO VIDAL NUÑEZ.

Se aprecia luego que el derecho de MERCEDES NUÑEZ DE GARCIA, se le adjudicó en partición al señor Juan Agustín GARCIA GOMEZ, por escritura Nro. 1285 de 11-09-70, y por la suma de $14.900.oo.

Se observa, igualmente, que a la muerte de éste, sus herederos:

ROSARIO GARCIA NUÑEZ DE ARCE

JOSE ARCESIO GARCIA NUÑEZ

ADOLFO GARCIA NUÑEZ, y

BERNABE GARCIA NUÑEZ,

vendieron sus derechos herenciales a:

JOSE RESURRECION OVALLE GONZALEZ y

DANILO MELAN MARIN.

Finalmente, el certificado de tradición de cuenta de la venta que por escritura pública No. 4135, del 04-12-81 le hizo el Señor DANILO MELAN MARIN al señor JOSE RESURRECION OVALLE GONZALEZ, por la suma de Treinta mil pesos ($30.000.oo).

Dentro del marco anterior, no cabe duda alguna de que el inmueble matriculado con el nombre de "POMORROSAL", pertenece a una COMUNIDAD, pues los derechos de DIAZ Vda. de NUÑEZ MARIA LIBRADA, AURELIO NUÑEZ, JUAN BAUTISTA VIDAL NUÑEZ, PATRICIO VIDAL NUÑEZ, LUIS MARINO VIDAL NUÑEZ y CARMEN NUÑEZ DIAZ, no han sido vendidos a persona alguna. Agrégase a esta realidad la circunstancia de que a la muerte del señor JUAN AGUSTIN GARCIA GOMEZ, el derecho que éste tenía en el predio, entró a formar parte del activo de su sucesión, la cual aparece como ilíquida.

B) Dentro del anterior universo fáctico se tiene, como ya se dijo, que el demandante, señor JOSE RESURRECCION OVALLE GONZALEZ, no ha acreditado ser dueño del predio matriculado con el nombre de "POMORROSAL". La simple compra de derechos herenciales no le da tal calidad. En esta materia la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada ha dicho:

> "·El heredero que acepta su llamado a la herencia, desde el mismo instante de su aceptación, adquiere, pues, derecho al patrimonio del difunto, pero considerado como universalidad jurídica; no adquiere por tanto y en forma singular cada una de las cosas relictas. A los herederos pertenece la herencia como universalidad y cada uno es copartícipe en la comunidad universal que se forma desde la muerte de su causante y que se termina con la partición de bienes, momento hasta el cual y en virtud de su derecho real de herencia, el heredero es, pues, un comunero de comunidad universal. Pero a partir del registro de la sentencia aprobatoria de la partición, cuando lo relicto consiste en inmuebles, entonces el derecho real de herencia se trueca en derecho real de dominio sobre cada uno de los bienes singulares que se le adjudiquen. Antes de que, por medio del trabajo de partición, se concrete la asignación universal del heredero, el derecho de éste no puede referirse a bienes específicos de los que integran la masa sucesoral, pues su derecho real de herencia, entre tanto, sólo le da vocación a la universalidad llamada

herencia, pero no se lo concede a bienes singularmente considerados. Hecha la partición, entonces sí puede decirse que el heredero es ya dueño de tales bienes, considerados individualmente.-

"Precisamente por esa razón, el heredero que antes de la participación enajena su derecho hereditario no transfiere al cesionario derecho de dominio sobre cuerpos ciertos, ya que, en tanto no se lleve a cabo la partición y se registre la sentencia que la aprueba, su derecho está radicado en la comunidad universal integrada por todos los bienes relictos. Mientras tanto, no tiene derecho real de dominio sobre cada una de las cosas que forman la comunidad hereditaria. Y es claro que nadie puede transferir lo que no tiene.-

"Tal es también el motivo por el cual si el heredero antes de la partición, en lugar de ceder su derecho de herencia a la universalidad, vende singularmente bienes de los que forman el acervo sucesoral y que luego no se le adjudican a él, la ley considera ésa venta hecha a non domino, y aunque es válida, pues en Colombia el contrato no transfiere por sí el dominio, sino que solamente crea a cargo del vendedor la obligación de hacer la respectiva tradición de él, expresamente la ley autoriza darle el tratamiento de venta de cosa ajena, como lo impera el segundo inciso del artículo 1.401 del C. Civil.

"Del mismo modo, y con más claridad, se observa que quien cede su derecho herencial radicado en determinados inmuebles de la mortuoria, no vende derecho de propiedad en ellos, sino que hace cesión del derecho real de herencia, pero limitándolo o concretándolo en bienes específicos de los que componen la comunidad hereditaria.-

"En sentencia de 24 de abril de 1974 aún no publicada, (ordinario de Leonel Sarmiento contra Manuel Loreto Jiménez), dijo la Corte:

""Quien tiene el derecho real de herencia pues, está llamado a ejercerlo sobre la masa herencial como universalidad jurídica, pero él no lo faculta para ejercer dominio singular respecto de cada uno de los bienes que integran el acervo sucesoral. Sin embargo, el destino del derecho real de herencia es el de transformarse en el real de dominio cuando, satisfecho el modo de la sucesión por causa de muerte, se radica en cabeza de cada heredero la propiedad singular de los distintos bienes que formaban el activo patrimonial del causante. Al dominio singular de las cosas que forman una universalidad hereditaria pueden llegar quienes tienen título originado en la ley o en el testamento, juntando a él el modo de la sucesión mortis causa, que es precisamente uno de los modos de adquirir el derecho de propiedad. Tal circunstancia explica por qué, durante el lapso que transcurre de la apertura de la sucesión al registro de la sentencia aprobatoria, el heredero carece de dominio singular sobre los

bienes relictos. Lo mismo explica que la venta de éstos que se haga antes de liquidarse la herencia, deba considerarse como venta de cosa ajena, como enajenación hecha a non domino". "(Sentencia de casación civil de 16 de marzo de 1975. Proceso Ordinario de Gabriela Cedeño contra Jesús María Quintero Lasso. Magistrado Ponente, Dr. German Giraldo Zuluaga.).

A la luz de la perspectiva jurídica anterior, se impone concluir que el inmueble "POMORROSAL" pertenece a una Comunidad, de la cual no hace parte el demandante sino la sucesión ilíquida del señor Juan Agustín GARCIA GOMEZ.

C) Definido que el predio POMORROSO pertenece a una comunidad, pues en él tiene derechos de cuota las señoras MERCEDES NUÑEZ Y MARIA LIBRADA NUÑEZ, lo mismo que el demandante señor JOSE RESURRECCION OVALLE GONZALEZ, se imponía demandar las indemnizaciones por daños causados, con ocasión de un trabajo público, en favor de la comunidad, y no del comunero demandante, que predicando ser dueño de todo el inmueble aspira a ingresar a su propio patrimonio al monto total de la condena respectiva. En la "causa pretendí", la procuradora judicial de la parte actora solicita que: "....se declare responsable al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, de los perjuicios ocasionados a los predios POMORROSO Y POMORROSAL, de propiedad del señor JOSE RESURRECCION OVALLLE GONZALEZ.....2. Que se condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, a reconocer y pagar a favor de mi representado..."(Subrayas de Sala). Dentro del anterior universo, se repite, la parte actora ha debido solicitar la condena en favor de LA COMUNIDAD y no para sí. En esta materia tanto la jurisprudencia como la doctrina enseñan:

"249. COMUNIDAD.- La comunidad es un estado en que uno o varios bienes pertenecen a varias personas en proindiviso; judicial y extrajudicialmente y corresponde actuar por ella a los comuneros. La Corte dice: "La comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Código Civil llama impropiamente cuasi contrato, no es persona jurídica. De manera que en estricto rigor la comunidad como tal carece de capacidad para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados.".

"Pasivamente, es menester demandarlos a todos a fin de que la sentencia los cobije. Activamente puede demandar para beneficio de la comunidad uno solo de los comuneros; pero si la demanda redunda en provecho de la comunidad, favorecerá a todos ellos. La Corte expresa: "Si bien es cierto que los copropietarios no se representan unos a otros, ni tampoco a la comunidad, sin embargo, cuando uno de ellos ha litigado para ésta última sobre un derecho indivisible, la sentencia favorable aprovecha a la comunidad, pero la desfavorable no afecta los derechos de ésta o de

los otros condueños que no la acepten. (Jurisprudencia. Tomo III, Nro. 574) (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena Edición. Dr. Hernando Morales Molina. págs. 223 y ss. ss.) (Subrayas de la Sala).

Manejando la misma perspectiva jurídica la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), Magistrado Ponente, Dr. Manuel Barrera Parra, recordó:

"....si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquella. La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor.....En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular, puede promover la acción reivindicatoria en beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conversación de la cosa común aprovecha a toda la comunidad, a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda, favorece a todos los comuneros, como lo establece el artículo 2525 del Código Civil...."Gaceta Judicial, Nro. 2.147, págs. 978 y ss. ss.). (Subrayas de Sala).

También en sentencia de veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), con ponencia del Dr. Eleuterio Serna, la alta Corporación precisó:

"El comunero puede pedir para la comunidad, pero no es por la razón de que los comuneros se representen unos a otros o a la comunidad, sino en virtud de que el comunero, cuando litiga, EN FAVOR DE LA COMUNIDAD, tiene un interés propio que se confunde con el de ésta. Tal cuestión es sustantiva, de fondo." (Gaceta Judicial. Tomo 61. Nos 2038 -2041, págs. 567). (Subrayas de la Sala).

Finalmente, el Consejo de Estado, en sentencia de Marzo 3 de 1988, Expediente Nro. 5087, Actor Venancio Cardona Castaño, Consejero Ponente, Dr. Jorge Valencia Arango, dijo:

"....la misma demanda afirma que el piso 3o. del edificio, constituido en propiedad horizontal según aparece acreditado en proceso, pertenece a un tercero que no figura como demandante, por lo que los daños en la propiedad común, sólo podían hacerse valer por ambos copropietarios, por el administrador de la Comunidad, o por uno de los comuneros PERO PIDIENDO A NOMBRE DE LA COMUNIDAD Y NO A NOMBRE PROPIO." (Subrayas de la Sala).

A la luz de la filosofía jurídica que se deja expuesta, no hay espacio para la duda, pues el demandante señor JOSE RESURRECCION OVALLE GONZALEZ, al demandar para sí, y no para la comunidad de que hace parte, carece de legitimación en la causa, realidad que lleva a denegar las pretensiones de la demanda.

D) De no haberse registrado la realidad que se deja analizada, la decisión del a-quo en cuanto declaró probada la caducidad dentro del proceso número 1.916, habría merecido el patrocinio del ad-quem, pues en el punto tercero de la causa pretendí el demandante confiesa que la construcción del carreteable a partir de las abscisas K.0+980, o sea el primer tramo, se inició"....a partir del 14 de agosto de 1981....", habiéndose terminado"....en el mes de noviembre de 1981.....". Como la demanda se presentó el día dieciséis (16) de Septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), para éste momento en el tiempo físico ya se habían agotado los dos (2) años que para que opere la caducidad señalaba el artículo 263 de la Ley 167 de 1941

Llama la atención a la Sala la especial circunstancia de que el demandante adquirió el cincuenta por ciento (50%) de los derechos que alega tener sobre los predios "POMORROSO" y "POMORROSAL", por medio de las Escrituras Públicas Nos. 4.130 y 4.135, pasadas ambas ante el señor Notario Quinto del Círculo Notarial de Cali el día cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), por venta que le hizo el señor JOSE DANILO MELAN MARIN, por la suma total de SETENTA MIL PESOS ($70.000.oo). Con la anterior precisión se quiere significar que ello ocurrió cuando los daños al predio "POMORROSO" ya se habían causado, motivo por el cual el comprador sabía o debió saber el real estado de la propiedad. No obstante esta circunstancia, el acervo probatorio muestra que el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, por Resolución Nro. 2401 de 15 de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), le reconoció al demandante, la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (1.851.966.oo), a pesar de que el vendedor Señor MELAN MARIN no le hizo ninguna cesión de sus derechos para reclamar el pago de lo que a él correspondía a titulo de indemnización. Al menos en las escrituras Nos. 4.130 y 4.135 en antes citadas, nada se dice sobre tan importante particular.

E) El artículo 264 de la Ley 167 de 1941 disponía que en la demanda para que se pague la indemnización debida, cuando a causa de un trabajo público se daña una propiedad, se debía expresar "el carácter o título con que la indemnización se reclama". Aunque la nueva legislación nada establece expresamente sobre el particular, tal requisito se mantiene, pues él se vincula estrechamente a las exigencias que el artículo 137 del Decreto 01 de 1984 fija como contenido de la demanda, y se torna indispensable para que el sentenciador pueda hacer el estudio y definición sobre la legitimación en la causa. Dentro de ésta perspectiva se tiene que en el sub-lite el demandante

señor JOSE RESURECCION OVALLE instauró las demandas acumuladas alegando ser PROPIETARIO de los predios "POMORROSO" y "POMORROSAL". Ahora bien: Como el primero sólo es comunero, y no demandó nada para la COMUNIDAD, y en el segundo ni es dueño, ni comunero, sino comprador de cosa ajena, pues ese es el efecto jurídico de comprar derechos herenciales sobre un cuerpo cierto como ya se dijo; la Sala se ve precisada a revocar la sentencia proferida por el a-quo, por falta de legitimación por activa. En su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído y en su lugar,

RESUELVE:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se condena a la parte actora al pago de las costas del proceso. Tásense por la Secretaría.

TERCERO: Ejecutorio el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo; Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Julio César Uribe Acosta;*

Arturo Mora Villate, Secretario.

LEGITIMACION POR ACTIVA. COMUNERO. COMUNIDAD. RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS- Salvamento de Voto

De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 95/80, "el administrador de una comunidad, nombrado en arreglo con las disposiciones anteriores, tiene la personería de ella. Esto no impide que cada comunero represente como parte y sea tenido como tal para lo relativo a su derecho...". Ha debido entenderse que el actor estaba demandando las indemnizaciones del caso en cuanto la actuación de la entidad demandada había perjudicado su cuota en el derecho de dominio sobre el bien dentro del cual se había ejecutado en forma irregular una obra pública, con mayor razón cuando el actor nunca se dijo "dueño exclusivo" de la cosa común.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5354 Actor: *José Resurrección Ovalle González*

Ponente: *Doctor Julio Cesar Uribe Acosta*

Con respeto discrepo de la sentencia aprobada por mayoría de los H. Consejeros de la Sección en cuanto deniega las pretensiones de la demanda en relación con los perjuicios que se le causaron con ocasión de un trabajo público realizado en el predio denominado "POMORROSO" porque este es propiedad de una comunidad "pues en él tienen derecho de cuota las señoras MERCEDES NUÑEZ y MARIA LIBRADA NUÑEZ, lo mismo que el demandante señor JOSE RESURECCION OVALLE GONZALEZ", por lo

que, se dice en fallo del cual me aparto, "se imponía demandar las indemnizaciones..., en favor de la comunidad, y no del comunero demandante, que predicando ser dueño de todo el inmueble aspira a ingresar a su propio patrimonio el monto total de la condena respectiva.." (pág. 46).

Y discrepo de esta fundamentación porque:

1º. De acuerdo con el artículo 22 de la ley 95 de 1980 "El administrador de una comunidad, nombrado con arreglo a las disposiciones anteriores, tiene la personería de ella.

"Esto no impide que cada comunero represente como parte y sea tenido como tal para lo relativo a su derecho..."

Cómo olvidar este texto clarísimo de la ley y negarle personería al demandante en lo relativo a su derecho ?

Debió recordarse, por vía analógica, que de acuerdo con el art. 949 del C.C. "se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular"

El apego a la jurisprudencia no puede ser ciego; esta no merece mantenerse sino cuando al reexaminarse se encuentra que merece confirmarse. Lo contrario conduce a que el derecho se estanque, con perjuicio para los asociados o a llevar al facilísimo jurisdiccional.

2º. El poder o facultad que tiene el juzgador para interpretar la demanda ha debido ser ejercitado en este caso por la Sección, para, con absoluta lógica y facilidad entender que el señor Ovalle González estaba demandando las indemnizaciones del caso en cuanto la actualización de la entidad demandada había perjudicado su cuota en el derecho de dominio sobre el bien dentro del cual se había ejecutado en forma irregular una obra pública, con mayor razón cuando el actor nunca se dijo "dueño exclusivo" de la cosa común.

Atentamente,

Gustavo de Greiff Restrepo

Bogotá, D.E., 21 de agosto de 1990.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. CESION. ALCALDE DISTRITAL - Facultades

Las estipulaciones que se consagraron en el contrato de arrendamiento de naturaleza privada, no podían modificarse por una simple cesión, para convertirlo en otro de naturaleza administrativa, porque el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente, sin recibir más de los derechos que éste posee. El Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, carecía del elemento material para dar por terminado un contrato de arrendamiento de naturaleza privada, pues la competencia de este evento particular era de los jueces comunes.

INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. LITIS CONSORCIO NECESARIO

Si bien es verdad que al proceso deben concurrir todas las personas que sean sujetos de las relaciones jurídicas o de los cuales gira la controversia, estima la Sala que en el presente caso no era necesario integrar el contradictorio con los sujetos intervinientes en los otros contratos de arrendamiento, pues cada uno de ellos contenía una relación independiente y autónoma, así todos ellos hubiesen sido terminados por un mismo acto administrativo.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo .Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto Tres (3) de mil novecientos noventa.(1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente No. 4530 (63) Actor: *Erasmo Antonio Contreras Silva.*

Demandado: Distrito Especial de Bogotá. Apelación Sentencia.-

Reconstruido como se halla el expediente de la referencia (fs. 164 a 167 C.1) procede la Sala a dictar la sentencia que desata la apelación interpuesta por el Distrito Especial de Bogotá (f. 25 C.1), contra el fallo de primer grado (fs. 26 a 40 C.1), mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la resolución No. 0209 expedida por el Alcalde Mayor de Bogotá el 10 de marzo de 1982 (fs. 71 y 72 C.1). Se ha surtido el trámite de rigor y no se observa causal que invalide lo actuado.

EL FALLO APELADO

La providencia recurrida invalidó la resolución cuestionada que dio por terminados unos contratos de arrendamiento, (fs. 71 y 72 C.1) con fundamento en que el Distrito Especial de Bogotá no tiene el carácter de arrendador en esa relación de tenencia, y, además, porque la administración invocó para esa decisión "motivos especiales de utilidad pública" (fl. 38 C.1) que no tienen existencia procesal. En lo fundamental, el Tribunal discurrió así:

> "El acto administrativo acusado como irregular, se fundamenta, según sus considerandos en que el Código Fiscal, por medio de su artículo 411, faculta a la Administración 'en su calidad de arrendadora' para terminar el contrato de arrendamiento, atribución que está condicionada a esta ocurrencia: que 'se presenten motivos especiales de utilidad pública que lo hagan necesario'. En el presente caso no está acreditado que el Alcalde Mayor obrara en 'calidad de arrendador', luego sin tener esa calidad, no podía, sin violar el Código Fiscal, declarar la terminación del contrato. Y en cuanto a 'motivos especiales de utilidad pública' que hicieran necesario terminarlo, tampoco ellos tienen existencia procesal; el motivo de la orden de terminación del contrato con el actor no tiene carácter de utilidad pública sino de interés privado de la Administración distrital. En efecto. El segundo considerando confiesa su motivación así:
>
> "La Administración necesita con extrema urgencia a donde pasar las oficinas de Servicios Generales del Edificio en el cual están, pues cursa sobre ellas un juicio de lanzamiento que está a punto llevarse a cabo.
>
> "La utilidad pública es en el Estado colombiano una teoría política de superior categoría, como que surge del ordenamiento constitucional, y que se traduce en el 'interés superior de la comunidad nacional' que debe prevalecer sobre el interés privado para facilitar intervenciones del Estado tendientes a expropiar la propiedad privada en las condiciones

y términos estampados en el artículo 30 de la Constitución. Pero los motivos de utilidad pública está reservado determinarlos a la ley y la expropiación requiere sentencia judicial e indemnización previa. Pretender que es un acto de interés superior de la Nación o de utilidad pública de la comunidad colombiana, una necesidad de alojamiento de oficinas públicas distritales no deja de ser una exageración conceptual que, para el caso presente, de terminar un derecho de arrendamiento privado a un particular, constituye indudable distorsión de la verdad comprobada y desviación de las atribuciones que se dieron al Alcalde Mayor en el artículo 411 del Código Fiscal invocado por el mismo funcionario, por cuyo motivo la anulación del acto demandado está llamada a prosperar, sin que sea indispensable seguirlo confrontando con otras normas de derecho positivo superior.

"El acuerdo Nº 9 de 1976 (Código Fiscal Distrital) exige como condiciones o hechos ciertos para la aplicación de su artículo 411, precisamente estos: presencia de motivos de 'utilidad pública', y, que la administración tenga la calidad de 'arrendatario o arrendadora'. Ninguna de estas condiciones ha sido comprobada en este proceso por lo que la afirmación de su existencia expuesta en la parte motiva del acto acusado, no corresponde a la verdad material. En consecuencia la presunción de legalidad que ampara en principio el Acto del Alcalde Mayor objetado por el actor , se extingue y se excluye ante la comprobación que obra en autos de que no son ciertos los motivos en el que el acto se funda. "(fls. 37 a 39 C.1).

LA IMPUGNACION

A folio 12 del expediente obra en fotocopia el memorial sustentatorio del recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia por la mandataria judicial de la entidad demandada. Señala la recurrente que al entrar el bien de la sucesión del doctor Carlos Secundino Navarro al patrimonio del ente territorial, o sea, al Distrito Especial de Bogotá, adquirió la calidad de Bien Fiscal y que, establecida esa calidad del inmueble, queda por establecer qué normas rigen la relación contractual que existía entre el secuestre y los bienes de la sucesión y el arrendatario del local mencionado.

Difiere del criterio del Tribunal en cuanto éste sostiene que el contrato de arrendamiento debe regirse por normas del Código de Comercio, por tratarse de un local comercial, ya que, como lo anota el actor, el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo de las partes contratantes o por causas legales.

Sostiene que el arrendatario se notificó de la cesión que del contrato de arrendamiento hizo el secuestre al Distrito Especial de Bogotá y pagó a éste los arrendamientos, es decir, que el arrendatario estaba enterado de que su

arrendador era una entidad territorial y que el objeto del contrato había cambiado de bien privado por la de bien de una entidad de derecho público. Cita en el artículo 413 del C. de P. Civil, para indicar que a partir del 1º de julio de 1971, se da igual tratamiento a todos los bienes que sean de propiedad de las Entidades Territoriales.

Enfatiza que producido el cambio de calidad del objeto del contrato de arrendamiento, no por voluntad de la Alcaldía de Bogotá, sino como consecuencia de una sentencia judicial, no puede continuar dándose el mismo tratamiento legal al contrato, porque de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa.

Agrega que el señor Erasmo A. Contreras Silva no puede pretender que se sigan aplicando normas establecidas para bienes de derecho privado a bienes de derecho público, ya que su régimen es especial y para el caso de Bogotá dicho régimen está consagrado en el Código Fiscal del Distrito (Acuerdo 9 de 1976). Anota que, teniendo los bienes de las entidades públicas un régimen especial, la Alcaldía de Bogotá sólo podía aplicar esa norma de carácter especialísimo para dar por terminado el contrato de arrendamiento del cual era cesionario.

Por lo expuesto, considera la apelante que no son aplicables las normas del Código del Comercio y que para terminar el contrato de arrendamiento, la vía apropiada era la de expedir un acto administrativo, dictado con base en el Código Fiscal del Distrito.

Aunque la recurrente no expresó concretamente cuál era la finalidad del recurso, se entiende que la apelación se interpuso respecto a lo desfavorable al apelante. (art. 350 C. de P. Civil).

LA REPLICA DEL ACTOR

El procurador judicial del demandante expuso sus planteamientos de carácter fáctico y jurídico a folios 157 a 161 del proceso, tendientes a solicitar la confirmación de la sentencia.

Afirma que los arrendatarios ocuparon el local comercial en virtud de una relación privada, regulada por el C. de Comercio en razón a que el contrato se celebró entre personas naturales y que se pactó que se arrendaba para cafetería con aplicación a los artículos 518 a 524 del C. de Comercio. Observa que el señor Jorge Zamudio Aguirre arrendó el local bajo el régimen del C. de Comercio y que los arrendatarios han permanecido en el local por siete años ininterrumpidos.

Expresa que los arrendatarios adquirieron derechos que las leyes consagran y que deben ser respetados por las leyes posteriores, con mayor razón si las normas que pretenden desconocerlos son de menor jerarquía.

Predica que el Distrito Especial heredó de la persona de Secundino Navarro, en virtud de normas de derecho privado, según el orden sucesoral de las sucesiones intestadas establecidas en el Código Civil, y que adquirió el derecho de dominio de los bienes de la sucesión, entre ellos el local comercial de la calle 14 No. 8-61. Arguye que Jorge Zamudio cedió al Distrito Especial de Bogotá el contrato de arrendamiento suscrito con Erasmo Contreras y Blanca de Contreras. Añade que la cesión es una institución en que el cesionario ocupa el lugar del cedente y que si el Distrito Especial de Bogotá es causahabiente de Secundino Navarro, aquél adquirió los derechos y contrajo las obligaciones del causante, por lo cual la relación jurídica está regulada por el Código de Comercio y no por el Código Fiscal de Bogotá, por ser éste extraño a las partes contratantes.

Precisa que el C. de Comercio -bajo el cual se realizó el contrato de arrendamiento- consagra derechos a favor de los arrendatarios de locales comerciales, derechos que no pueden ser desconocidos por leyes posteriores y menos cuando la norma que los pretende desconocer es una resolución del alcalde.

Hace hincapié en la norma invocada del Código Fiscal, para expresar que el Distrito Especial no entregó en arrendamiento el local comercial a los arrendatarios y que es solamente cesionario de un contrato suscrito entre personas naturales, lo cual demuestra que es falsa la motivación y antijurídica la resolución demandada. En cuanto a los motivos especiales de utilidad pública que el Distrito tomó como fundamento para dictar la resolución impugnada, sostiene que la declaratoria de utilidad pública no la puede hacer el alcalde, porque por el mandato constitucional se requiere definición del legislador y sentencia judicial, elementos que brillan por su ausencia.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Segunda de esta Corporación solicitó la revocatoria del fallo apelado para que, en su lugar, se dicte sentencia inhibitoria, con fundamento en lo siguiente:

"En la resolución que se impugna, el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá resolvió dar por terminados los contratos de arrendamiento celebrados entre el Secuestre de la sucesión del señor José Secundino Navarro (sic) y Luz Marina Quimbaya y Uriel Rubiano; Erasmo Contreras y Blanca de Contreras; Pedro Rueda, Jaime Tarazona y Bernardo E. Sánchez; Juditha Villarreal Valderrama y Marco Antonio Hernández Gutiérrez.

"Quiere decir lo anterior que los efectos de la decisión de la Administración, no solamente recaen en cabeza del único demandante, sino que afectan por igual a los demás arrendatarios por cuanto se dio por terminados los contratos de arrendamiento existentes.

"La prosperidad de la acción ejercida por el demandante se fundamenta en la demostración de la ilegalidad del acto administrativo que conllevaría a la declaración de nulidad y al restablecimiento del derecho ejercitado por los afectados. Por esto, no es posible resolver la controversia planteada en la demanda sin la presencia de todos los arrendatarios de los locales en comento.

"La demanda fue presentada solamente por uno de los interesados y se presenta en este caso la figura jurídica del litisconsorcio necesario regulada en el Art. 51 del C. de P. C. establecida para aquellos asuntos en que la cuestión litigiosa debe resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, ya que la indivisibilidad de la situación jurídica impide una solución diferente para quienes deben concurrir al proceso.

"Por otra parte el Art. 83 del C. de P. C. dispone que: "Cuando proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...".

"La jurisprudencia ha establecido que "Existe litisconsorcio necesario cuando hay imposibilidad jurídica de sentenciar por separado, respecto de varias personas, sobre una relación jurídica en la que están interesadas todas ellas. En este caso, la sentencia pronunciada respecto de una sola persona, no tiene por si misma ningún valor ni puede resolver legalmente (sic) la litis."

"En el caso analizado no podía declararse la nulidad del acto acusado por ilegal con efectos solamente para una de las personas afectadas y quedar vigentes para las otras que no se hicieron presentes en el proceso por no haber demandado. Como no se constituyó el litisconsorcio oportunamente, no es posible, ha dicho la Sala, un pronunciamiento de mérito.

"Por las anteriores consideraciones, esta Fiscalía se manifiesta en desacuerdo con lo expuesto por el fallador de instancia y tampoco comparte la decisión de declarar la nulidad del acto administrativo respecto al único demandante señor Erasmo Contreras. Además se observa que el fallo incurre en el error de pronunciarse a favor de la señora Blanca de Contreras, cuando la mencionada señora no aparece como demandante. En consecuencia la Fiscalía solicita a la Honorable Sala, revocar la sentencia apelada y en su lugar proferir fallo inhibitorio". (fs. 171 y 172 C.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Por tratarse de una cuestión relacionada con la posibilidad jurídica de entrar o no al fondo de la controversia, la Sala abordará el examen de la

argumentación expuesta por su colaboradora fiscal, en torno a la institución del litis consorcio necesario.

Sostiene la Fiscalía que en caso que ocupa la atención de la Sala, había que integrar el contradictorio por el hecho de que la resolución impugnada dio por terminados todos los contratos de arrendamiento existentes y solo uno de los arrendatarios demandó en acción de restablecimiento sin que hasta ahora se hubiera vinculado procesalmente a los demás arrendatarios.

Es evidente que los artículos 51 y 83 del C. de P. Civil están íntimamente relacionados entre sí y ambos pueden ser aplicables al procedimiento de lo contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del C.C.A. De ahí que, como lo afirma la agencia del Ministerio Público, el hecho de que la demanda no comprenda a todas las personas que integran el litis consorcio necesario, pudiera constituirse en causal de nulidad.

Si bien es verdad que al proceso deben concurrir todas las personas que sean sujetos de las relaciones jurídicas o de los actos respecto de los cuales gira la controversia, estima la Sala que en el presente caso no era necesario integrar el contradictorio con los sujetos intervinientes en los otros contratos de arrendamiento, pues cada uno de ellos contenía una relación independiente y autónoma, así todos ellos hubiesen sido terminados por un mismo acto administrativo.

En primer lugar, porque cada vínculo negocial conserva su independencia o autonomía respecto de los demás. Cada acuerdo de voluntades define sus propias obligaciones y derechos, sin dependencia alguna con las estipuladas en los demás contratos, y las controversias que eventualmente lleguen a presentarse han de girar alrededor de las condiciones específicas de cada contrato de arrendamiento.

En segundo lugar, porque la sentencia proferida en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (antes de plena jurisdicción), produce efecto de cosa juzgada inter partes, de acuerdo con el artículo 175 del C.C.A. , cuyo inciso tercero, reza:

> "La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de las partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor." (rayas de la Sala).

Y es que, el restablecimiento del derecho lleva implícita la individualidad de la acción, consagrada en favor de la persona que se crea lesionada en su

derecho, de tal modo que solo a quien la ejercita afecta o aprovecha la decisión judicial.

Y en tercer lugar, porque la parte resolutiva del fallo apelado, limita su decisión a favor de los arrendatarios Erasmo Contreras y Blanca de Contreras, relativo al local No. 8-61 de la Calle 14 de esta ciudad, sin incluir, como era apenas natural, a los otros arrendatarios señalados en la resolución anulada.

B) No comparte la Sala la glosa que hace la colaboradora fiscal la Corporación, en cuanto observa que:

"El fallo incurre en el error de pronunciarse a favor de las señora Blanca de Contreras, cuando la mencionada señora no aparece como demandante."

Dispone el fallo en la parte resolutiva:

"1º. Es nula la Resolución número 0209 del 10 de marzo de 1982, expedida por el Alcalde Mayor de Bogotá por la cual se dan por terminados unos contratos de arrendamiento, en cuanto se relaciona con los arrendatarios ERASMO ANTONIO CONTRERAS Y BLANCA DE CONTRERAS quienes fueron los únicos que presentaron la demanda, relativos al local Nº. 8-61 de la calle 14 de esta ciudad, identificado por los linderos que aparecen en el contrato privado suscrito por estos y el arrendador Jorge Zamudio Aguirre, que obra a folio 11 del expediente."

En tratándose de un contrato de arrendamiento de derecho privado regido principalmente por el Código de Comercio, y en lo no previsto en éste por el Código Civil, los coarrendatarios son solidarios en los derechos y en las obligaciones que contraen, comparten un interés común, concurren a un mismo objeto jurídico y, en consecuencia, participan por igual de los beneficios o de las cargas que la convención o el acuerdo de voluntades les reporte.

El Código del Comercio, consagra:

"Artículo 825. En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente".

Esto significa que la señora Blanca de Contreras, aunque no haya sido demandante, aprovecha los beneficios que se derivan de la nulidad del acto impugnado, por la presunción de solidaridad que asiste al contrato de arrendamiento del local comercial, suscrito como arrendataria con Erasmo Contreras.

Sobre el fenómeno jurídico de la solidaridad, esta Corporación ha sostenido, reiteradamente, la tesis de que cualquiera de los coarrendatarios se encuentra legitimado por activa o por pasiva para actuar en el litigio y que basta la comparecencia de uno de ellos para integrar el contradictorio. En

sentencia del 18 de mayo de 1982, Expediente Nº. 3672, Ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar, se dijo:

> "De otro lado de constata, como lo afirma el señor agente del ministerio público, que los aludidos coarrendatarios únicamente el señor Alvaro Silva Romero ha instaurado la presente acción y que, por otra parte, en el auto admisorio de la demanda no se ordenó la citación del otro coarrendatario, o sea del señor Iván José Pérez Delgado. Sin embargo, en opinión de la Sala, en el presente caso no se requería que la demanda fuera incoada por los coarrendatarios ni era necesaria la citación del señor Pérez Delgado para integrar el contradictorio, por cuanto el demandante se encuentra legitimado para actuar en nombre de ambos en virtud de la solidaridad activa y pasiva por ellos pactada en el contrato de arrendamiento a que se ha hecho referencia. Pues, de conformidad con el inciso 2º. del artículo 1568 del Código Civil, 'en virtud de la convención, el testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*'. (rayas del texto).

Dentro de esa perspectiva jurisprudencial y jurídica, no era necesario, entonces, que a la coarrendataria se le citara al proceso y, por tanto, hizo bien el Tribunal al fallar a favor de la señora Blanca de Contreras.

C) La sentencia apelada será confirmada, no por los motivos que expresa el *a-quo*, sino por las razones que la Sala expone en seguida:

1.- Naturaleza del contrato.

Está probado en el proceso:

a) Que mediante documento privado suscrito el 27 de enero de 1978, el demandante compró a Dennisee Arévalo, Rafael Guevara y Guillermo A. Rubiano, un negocio de lonchería y cafetería que funcionaba en el local situado en la calle 14 No. 8-61 de Bogotá.

La compraventa incluía todo el mobiliario, aparatos y enseres que se hallaban dentro del establecimiento, así como el good will y el derecho a usufructo del contrato de arrendamiento del inmueble donde funcionaba el establecimiento objeto de la transferencia (f. 148).

b) Que el 1º. de febrero de 1978, se celebró entre Jorge Zamudio Aguirre, de una parte, y Erasmo Contreras y Blanca de Contreras, de la otra parte, un contrato de arrendamiento del local donde funcionaba el establecimiento adquirido por el demandante, con destino únicamente a Cafetería (f. 146). Aunque el contrato no lo dice, se sabe que el arrendador actuó en su carácter de secuestre de los bienes relictos del señor Carlos Secundino Navarro.

Las condiciones del contrato de arrendamiento y la calidad de las partes lo ubican dentro de las convenciones propias del derecho común, celebrados entre personas privadas y regulados principalmente por disposiciones especiales del C. de Co. en la medida en que se trata de operaciones mercantiles (art. 20 y 21 C. de Comercio).

Los dos contratos, el de compraventa y el de arrendamiento, se complementan entre sí, como quiera que al tenor del artículo 516 del Código de Comercio, los contratos de arrendamiento forman parte integrante de los establecimientos de comercio.

Las reflexiones que anteceden conducen a la Sala a sostener que, en el caso en comento, la relación negocial de arrendamiento es de naturaleza privada y que, por sus características de operación mercantil, debía someterse a la normatividad prevista en el Código de Comercio, y, en lo no previsto en éste por el Código Civil.

2.- Cesión del contrato.

No obra en el informativo la cesión que del contrato de arrendamiento hizo el arrendador al Distrito Especial de Bogotá. Sin embargo, hay que admitir su ocurrencia por la manifestación que de la misma hace el actor en el hecho 3º. de la demanda (f. 74 vto.).

El mandatario judicial de la entidad demandada alega que al cederse el contrato, el objeto del mismo cambió y se convirtió de bien privado a bien fiscal, razón por la no podía continuársele aplicando el régimen del derecho privado, sino el régimen especial del C. Fiscal del Distrito (Acuerdo 9 de 1976).

Considera la Sala que la naturaleza del contrato analizado, celebrado bajo las normas del derecho común, no puede alterarse por una simple cesión, para transformarlo en una relación negocial distinta, especialmente si tal diferencia implica el pasar de un régimen de derecho privado a uno de derecho público, en detrimento de los derechos de unas de las partes, sin su consentimiento y sin la observancia de las regulaciones legales sobre la materia.

Si el arrendador del local, en el *sub-lite*, actuó en su carácter de secuestre del bien, al ceder el contrato transmitió al cesionario de los derechos y las obligaciones contraidas en virtud del principio de que "nadie puede traspasar mayor derecho que el suyo propio." (*Nemo plus juris ad alium transferre potes quam quod ipse habet*). Principio que traduce el Código de Comercio, así:

"Artículo 895.- La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza de condiciones del

contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes".

En ese orden de ideas, las estipulaciones que se consagraron en el contrato de arrendamiento de naturaleza privada, no podían modificarse por una simple cesión, para convertirlo en otro de naturaleza administrativa, porque el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente, sin recibir más de los derechos que éste posee.

3.- Competencia del Alcalde Distrital.

El acto administrativo acusado motiva la decisión de dar por terminado el contrato de arrendamiento, así:

> "Que el artículo 411 del Código Fiscal faculta a la administración en calidad de arrendataria o arrendadora para dar por terminado el Contrato de arrendamiento en cualquier momento, dando aviso a la otra parte con tres meses de anticipación, cuando se presentan motivos especiales de utilidad pública que lo hagan necesario".

Observa la Sala que la Resolución 0209 guarda silencio en torno a la cesión del contrato, circunstancia que colocaría al Distrito Especial en posición extraña a su condición de cesionaria, si no fuera porque ambas partes aceptan el hecho de la cesión.

No obstante, aun negando la calidad de cesionaria del contrato de arrendamiento, la Administración Distrital, como heredera del señor Carlos Secundino Navarro, sucedió al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones trasmisibles (art. 1008 C.C.).

Esto significa que la Administración Distrital, en el caso sub-judice, actuó en su doble carácter de heredera y cesionaria, pero no en su calidad de arrendadora original del local, condición sine qua non para la aplicación del Código Fiscal en este punto. En efecto, bajo el acápite "Arrendamiento", el C. Fiscal, señala:

> "Artículo 405. Mediante el contrato de arrendamiento CELEBRADO por la Administración con personas naturales y jurídicas, las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso y goce de un bien por un tiempo determinado y la otra a pagar un precio cierto de una sola vez o periódicamente, como contraprestación." (Mayúsculas de la Sala).

Y en complementación a la norma dispuso el inciso 2º. artículo 411, ibídem:

> "Cuando se presenten motivos especiales de utilidad pública que lo hagan necesario, la Administración en CALIDAD DE ARREN-

DATARIO -sic- o ARRENDADORA podrá dar por terminado el contrato..." (mayúsculas de la Sala).

En el campo del derecho administrativo, la competencia es la facultad que tiene la autoridad para ejercer determinadas funciones. En ese orden de ideas, la doctrina distingue tres elementos que determinan la competencia del funcionario para dictar un acto administrativo: el elemento material que se relaciona con las funciones que ejerce la autoridad; el elemento territorial, que se circunscribe al limite espacial dentro del cual la autoridad ejerce sus funciones, y el elemento temporal, que dice referencia a la oportunidad en que la autoridad puede ejercer sus funciones.

El profesor Manuel María Diez, enseña:

"En el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. No existen sino las incapacidades establecidas expresamente por la ley, principio que surge del derecho positivo. Por el contrario, en el campo del derecho público la competencia supone un texto. Nadie se discierne a sí mismo una competencia. Un agente no puede dictar un acto para el cual él mismo se ha conferido nuevas facultades. El ejercicio de la competencia es obligatorio; el de la capacidad, facultativo. Por ello la competencia es una carga y no un derecho subjetivo.... Si el órgano actúa fuera de su competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de competencia y corresponde su nulidad. La incompetencia puede ser por razón de lugar, tiempo, de materia y de grado. Por razón de lugar es muy raro en Derecho Administrativo, ya que cada agente conoce los límites del territorio dentro del cual de debe actuar. La incompetencia por razón de tiempo puede ocurrir cuando el funcionario tomó una decisión después de vencido el término en que debe tomarla. La incompetencia por razón de materia es la más común. Tiene lugar cuando el agente dispone en materia que no le corresponde. Los supuesto de incompetencia en razón del grado pueden traer como consecuencia la anulabilidad del acto y no su nulidad, en los casos en que la delegación sustitución estuvieron permitidas." (MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo 1, Ed. Plus Ultra, págs. 132-134).

En el caso de autos, el alcalde del Distrito Especial de Bogotá carecía del elemento material para dar por terminado un contrato de arrendamiento de naturaleza privada, pues la competencia en este evento particular era de los jueces comunes. Cosa distinta si el Distrito Especial hubiera arrendado en forma directa un bien fiscal, pues en tal evento se trataría de un contrato de naturaleza administrativa sometido a las regulaciones del Código Fiscal del Distrito.

Y si bien es cierto que, por virtud de la cesión y en razón de su carácter de nuevo propietario, el Distrito Especial de Bogotá adquirió el carácter de

arrendador del inmueble en cuestión, no por ello adquirió también la facultad a que se refiere el inciso 2º. del artículo 411 transcrito, pues ella se predica de aquellos contratos celebrados desde un inicio al amparo del Código Fiscal.

En el sentir de la Sala, el alcalde del Distrito Especial de Bogotá, eligió el camino más corto para dar por terminados los contratos de arrendamiento, eludiendo el régimen aplicable a tales casos y convirtiendo, como por arte de magia, un contrato privado en contrato administrativo. Olvidó el funcionario que sólo dentro de los parámetros previstos en el contrato y con aplicación de las normas del derecho común, puede darse por terminado un contrato de arrendamiento sobre establecimientos comerciales.

Dentro de este marco conceptual y jurídico, es evidente que el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, carecía de competencia para dar por terminado el contrato de arrendamiento celebrado entre el señor José Zamudio, como arrendador, y Erasmo Contreras y Blanca de Contreras, como arrendatarios.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día seis (6) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), pero no por las razones del a-quo, sino por las expresadas en la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha dos (2) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala*; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO-Estacionamiento de vehículo.

La fuerza pública al tratar de verificar la realidad de lo que ocurría con el estacionamiento del vehículo sobre la vía, se excedió al utilizar las armas y dispararlas contra los ocupantes del mismo. Estos no agredieron a la autoridad y se desplazaban por el sector haciendo uso de la libertad de locomoción que garantiza la Constitución Nacional. Ninguna señal que invitara la reflexión se había colocado en el sitio en que ocurrió la tragedia, y, por lo mismo, no se podía exigir de la víctima una conducta especial de prudencia o diligencia, fuera de la que es normal para casos también normales.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA/RESPONSABILIDAD PENAL- Diferencias/**LEGITIMA DEFENSA**- Improcedencia

Una es la responsabilidad penal por los delitos o las culpas y otra la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Mientras aquella es personal, la falta del servicio es normalmente anónima. El hecho de que frente a ésta pueda darse también la identidad del funcionario que con su conducta puso de presente esa falla, no varía el enfoque del asunto; como tampoco lo varía que esa conducta personal, por su lado, deba ser calificada penalmente. La legítima defensa no podía aplicarse sino en el campo penal, pero no en el campo de la responsabilidad estatal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto nueve (9) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 5947 Actor :*Ciro Antonio Martínez Marín* en nombre de sus menores hijos Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez Cuervo.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el día veinticuatro (24) de Agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), que declaró la responsabilidad administrativa de la Nación -Ministerio de Defensa - por la muerte de la Señora YOLANDA CUERVO AGUILAR, 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 él se lee:

"El apoderado de los menores SANDRA LILIANA Y GERMAN ALBERTO MARTINEZ CUERVO, presenta demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación -Ejército Nacional- representada por el Ministerio de Defensa, para que previos los trámites, se acceda a las siguientes peticiones:

"PRIMERA: Que se declare a la Nación -Ejercito Nacional- responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de su señora madre, Yolanda Cuervo Aguilar.

"SEGUNDA: Que como consecuencia, se condene a la Nación- Ejército Nacional-, que deberá pagar a los menores Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez Cuervo, la suma equivalente en pesos de mil gramos oro fino a cada uno, a título de perjuicios morales, o bien la suma que resulte demostrada en el proceso.

"TERCERA: Que se condena a la Nación -Ejército Nacional-, a indemnizar a los demandantes la suma de doce millones, más intereses y corrección monetaria, por el daño emergente y lucro cesante, por los perjuicios materiales ocasionados por la muerte de su legítima madre, Yolanda Cuervo Aguilar, quien devengaba el sueldo de Profesora, con el que ayudaba a la manutención de sus hijos menores, hoy demandantes y que promediando la vitalidad del ser humano, llega los 55 o 60 años, es decir, que aún le restaban 27 años de vida, o se condene a pagar , a

la Nación, la suma que resulte demostrada en el proceso, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor.

"CUARTA: Que en la misma condena sean tenidos en cuenta los intereses y la corrección monetaria desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta cuando se le dé cumplimiento por pago.

"QUINTA: Que se le condene a la Nación en los gastos del proceso.

"HECHOS.

"Conforme a la demanda, el Tribunal los sintetiza así:

"Yolanda Cuervo Aguilar, prestaba sus servicios al Colegio Silvino Rodríguez de Tunja, como profesora de Comportamiento y Salud; y Filosofía desde hacía tres años. La noche del veinticinco de noviembre de 1985, Yolanda Cuervo Aguilar salió del colegio en compañía de su colega, el profesor Enrique Motta a dar una vuelta por la carretera que de esta ciudad conduce a la población de Toca. Que después de haber recorrido unos kilómetros por la citada vía su colega le sugirió que se devolvieran hacia la ciudad para luego cada uno llegar a su respectiva residencia; y cuando Yolanda Cuervo dio la vuelta en su vehículo Renault 4 placas J.I. 25-62, Enrique Motta se bajó a llevar a cabo una de sus necesidades fisiológicas. Una vez terminada ésta , le dijo a Yolanda que siguieran la marcha y cuando prendían el carro comenzaron a sentir los disparos, sin que con antelación se les hubiese hecho o dicho la voz de alto, aunque así lo aseguró el comandante de la Primera Brigada General Ubaldo Franco Aristizabal, argumentando que el vehículo era sospechoso, por las cercanías de los polvorines del Batallón Bolívar, y que no obstante dar la voz de alto por parte de los soldados del Batallón que prestaban guardia, fallaron en cuanto a la prestación del servicio, resolviendo disparar contra dicho vehículo conducido por la hoy desaparecida Yolanda Cuervo, haciendo blanco en su cuerpo siete impactos de proyectiles de fusil G3, - siendo tanta la imprudencia de los Militares del Batallón Bolívar, que en el cuerpo del carro fueron hallados doce impactos de arma de fuego.

"Que una vez dispararon los soldados, no acudieron a prestar los primeros auxilios a las personas que pedían ayuda, pues solo acudieron pasados veinte minutos, ante las voces de socorro que pronunciaba Enrique Motta y aún estando con vida Yolanda, quien fue trasladada al Hospital San Rafael donde falleció, debido a las heridas recibidas de manos de los soldados del batallón Bolívar.

"Yolanda Cuervo era casada legalmente con Ciro Antonio Martínez, de cuyo matrimonio quedaron los menores Sandra Liliana y Germán Alberto

Martínez Cuervo, quienes dependían de su señora madre en un 50%, ya que el otro 50% y hoy en un 100% lo hacen de su padre sobreviviente, quien firma el poder para poder presentar la demanda. Que Yolanda Cuervo devengaba un sueldo promedio de $40.000.oo, como educadora y como Sicóloga a nivel particular en su consultorio y el promedio de duración de la vida del ser humano es de 55 a 60 años, que la ley considera para jubilar a las personas, por tanto le restaban veintisiete años de vida, tiempo en que su sueldo ha podido ser superior a $12.000.000.oo, sin tener en cuenta los salariales que anualmente establece el estado. Que los proyectiles que hicieron blanco en el cuerpo de Yolanda Cuervo y que le ocasionaron la muerte, procedían de las armas de dotación oficial.

"Que el comandante de la Primera Brigada designó para instituir el proceso al Juez 119 de Instrucción Penal Militar, para investigar la muerte de Yolanda Cuervo Aguilar...".

"CONSIDERACIONES

"En primer término hemos de referirnos a los planteamientos formulados por el señor apoderado del Ministerio de Defensa, y es así como al contestar la demanda manifiesta que propone como "hecho Exceptivo" la Inepta demanda, ya que en esta no se cumplieron los requisitos formales y concretamente no hay claridad en cuanto al demandado. Agrega que "la acción fue instaurada por el señor apoderado de la actora contra la Nación -Ejército- sin que se haya tenido en cuenta el Ministerio de Defensa Nacional...".

"En la demanda a su turno, se puede leer:

"... Por medio del presente escrito que demando a la Nación Ejército Nacional-, representada por el Ministro de Defensa, su secretario general y por el Comandante General del ejército ...".

"Sin ningún esfuerzo se puede observar de la simple lectura, que sí se habla del Ministerio de Defensa, cuando se refiere al Ministro de ella y que los formalismos exagerados ya no cuentan en la actualidad en ningún procedimiento. Hay exigencias que la ley hace y que resultan fundamentales para el curso de la demanda, pero cuando ellas tienen una significación especial, una connotación trascendente en el proceso, pero de ninguna manera, cuando se busca el fetichismo al culto de las palabras simplemente.

"El artículo 149 del C.C.A., dice que la Nación estará representada por el Ministro. Y aquí se ha señalado precisamente al Ministro de la

defensa con toda propiedad, y por ende, la excepción propuesta desde luego no puede prosperar.

"Luego en su alegato de conclusión expresa que en el poder conferido por Ciro Antonio Martínez Guarín al hoy apoderado judicial, no se hace referencia a contra quién debe iniciarse la demanda. El señor Ciro Antonio Martínez Guarín, padre de Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez , confirió poder al doctor Tirso Caicedo Guerrero, para que lleve a término la correspondiente acción indemnizatoria por la muerte de su esposa y madre de los menores, ocurrida el veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco, cuando los soldados del Batallón Bolívar le dispararon contra el vehículo en que ella se movilizaba. En ese poder se le otorga al doctor Caicedo Guerrero, todas las facultades legales. Es al apoderado judicial, al experto en derecho a quien corresponde señalar concretamente la parte demandada y esto debe hacerse como exigencia fundamental, pero ya en la demanda, como lo dice justamente el numeral primero del artículo 137 del C.C.A..

"Agrega también que el señor Ciro Antonio Martínez, no era el representante de los menores.

."A lo anterior se responde con el Código Civil, que en su artículo 62 dice:

"... Las personas incapaces de celebrar negocios serán representados:

"1o.) Por los padres...".

"Y si en este caso la madre había fallecido, se tiene de manera inconcusa, que el representante de los menores, era necesariamente su padre.

"En lo referente a la cuantía, en la demanda se señala ésta, y eso está bien porque ese señalamiento es ante todo para efectos de la competencia, como que su determinación exacta no puede ser el señalamiento que se haga en el libelo de demanda, sino posteriormente y por medio de operaciones más complicadas.

"Expresado lo anterior, tenemos que según el artículo 16 de la Constitución Nacional, corresponde al Estado proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. De este mandato fundamental se desprende como los órganos del Estado están obligados a prestar una serie de servicios y a desarrollar múltiples actividades tendientes a cumplir los fines señalados en el artículo precitado. Todas esas actividades necesariamente han de desarrollarse en armonía con los fines propuestos y cuando no ocurre así, el Estado tiene entonces que responder de los hechos que se deriven,

de su mal funcionamiento, de su deficiente funcionamiento o de su no funcionamiento . Esto es, por falta o falla del servicio. Para que ésta se presente a su vez, necesario resulta que se dé una falta o falla en el servicio que como se acaba de decir, sea por omisión, retardo o irregularidad de él. No se trata de la falta personal del agente, sino aquella que se ha denominado anónima de la administración. También debe resultar desde luego un daño que conlleva la lesión de un bien protegido por el Derecho, daño que desde luego deberá ser determinado o determinable. Y finalmente, se impone una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y ese daño.

" Para que el Estado pueda ser exonerado de responsabilidad tiene que demostrar que la causa del daño se produjo por culpa de la víctima, por el hecho de un tercero, por fuerza mayor o caso fortuito, ya que en estos casos, se rompe la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño.

" De una vez es preciso destacar que por estos hechos se adelantó un proceso penal iniciado y terminado por la justicia Penal Militar, en donde se exoneró de responsabilidad penal a los sindicados de la muerte de doña Yolanda Cuervo Aguilar. Pero una cosa es la exoneración de responsabilidad en el proceso penal y otra bien distinta, la responsabilidad administrativa que le corresponda a la Nación por actos o hechos de sus agentes. Así lo ha reiterado el Honorable Consejo de Estado por ejemplo en la sentencia del catorce de Octubre de mil novecientos ochenta y ocho, con ponencia del doctor Carlos Betancourt Jaramillo, donde se dijo:

"...La responsabilidad penal no condiciona a la administrativa ya que el agente puede ser absuelto de la imputación penal y condenada la entidad pública por falla en el servicio o viceversa...".

"Los elementos que se acaban de enunciar, y que son base de la responsabilidad extracontractual del Estado, se conjugan en este caso como se verá a continuación someramente.

"Hecho indiscutible por estar probado plenamente, es que doña Yolanda Cuervo Aguilar, perdió la vida el día veinticinco de Noviembre de 1985 en las horas de la noche a raíz de los disparos que le profirieran los miembros del Ejército frente al Batallón Bolívar de esta ciudad. Esos disparos de una vez es preciso dejarlo en claro, fueron el producto de una actuación más que imprudente e irresponsable de parte de los soldados. Veamos algunos detalles para resaltar la falla del servicio.

"El testigo presencial de los hechos, Luis Enrique Motta nos dice que transcurrió aproximadamente un minuto entre el estacionamiento del vehículo y los disparos, de donde encontramos que las fuerzas del Ejército

no se detuvieron a hacer ninguna indagación un poco juiciosa sobre el motivo por el cual se detenía el vehículo, vehículo que como se ha repetido y se repetirá, transitaba por una vía pública, sino que en forma precipitada e inconsulta dispararon contra él. Esta afirmación no está desvirtuada por nadie.

"Cuando el vehículo se detuvo, las direccionales de la parte trasera estaban funcionando, entonces había perfectamente lugar a pensar que al detenerse el vehículo, no se debía a un propósito ilícito, sino a algún accidente, desde luego inesperado y ajeno a ataque alguno a las fuerzas armadas. Es decir esas direccionales funcionando indicaban que los pasajeros del vehículo de ninguna manera trataban de ocultar su presencia.

"Es importante anotar como ha quedado establecido, que el vehículo estaba estacionado" a la derecha en dirección a Tunja", esto es, que no se encontraba sobre la calzada contiguo al batallón. Y por lo tanto, no podía despertar sospechas de algún ataque o cosa parecida.

"A no dudarlo esta serie de circunstancias fueron tenidas en cuenta por el Fiscal Primero a quien le correspondió conceptuar en el proceso penal, cuando dijo:

"... En este caso no se hallan demostrados los elementos que se adecúen al tipo penal denominado homicidio culposo y cometido en complicidad por todos los acusados...".

"Sabido es que el homicidio culposo está pregonando una impresión, una falla en la conducta del autor y esta Sala así también lo considera.

"Acaso los soldados con alguna prudencia, con mediana diligencia dispararon primero al aire para que lo ocupantes del vehículo y concretamente doña Yolanda saliera o se alejara del lugar? No. Como anteriormente se dijo, casi inmediatamente después de detenerse el vehículo los saldados le dispararon a doña Yolanda Cuervo Aguilar, ocasionándole la muerte.

"Como es obvio, se dice por parte de algunos miembros de las fuerzas armadas, que ellos gritaron "alto". Pero el testigo que puede dar razón de este hecho, Luis Enrique Motta, nos dice que solamente Yolanda le manifestó" que escuchaba unos ruidos". Y sobre este aspecto, el señor Luis Enrique Motta, es la única persona que puede informar al respecto y que por ende, hay que creerle.

"Pero acaso los ocupantes del vehículo a que se hizo referencia al principio de esta providencia, es decir, el señor Luis Enrique Motta y

doña Yolanda Cuervo Aguilar, realizaron por ventura alguno acción o actividad, algún movimiento contra el batallón?

Acaso dieron origen a una actitud siquiera sospechosa?. En absoluto. Transitaban por una vía pública, ya alejada un poco de la ciudad propiamente y el señor Motta tuvo necesidad de hacer o realizar una función fisiológica.

"Téngase muy en cuenta, que en ningún momento se dirigieron contra el cuartel ni mucho menos contra el Polvorín, si el carro tomó esa dirección, esto aconteció únicamente cuando Yolanda recibió los disparos y a raíz de ellos perdió precisamente el control del vehículo. "Creo que a ella ya le habían llegado algunos impactos, estaba un poco mal el carro se fue en dirección hacia las cuerdas de los predios del batallón".

"No sobra destacar como en ningún el vehículo estuvo o rozó siquiera mientras estaba bajo el dominio de Yolanda, los terrenos del Batallón. Ese vehículo estaba sencillamente en una carretera pública.

"Ahora bien: Téngase bien en cuenta que en el lugar donde se encontraba doña Yolanda Cuervo Aguilar y Luis Enrique Motta , con su vehículo, no había ninguna señal de que por allí estaba prohibido transitar o estaba prohibido realizar "el pare". Dice de manera clara Luis Enrique Motta: "No había ningún aviso de prohibición de estacionamiento". Nadie se ha atrevido a decir en este proceso que por allí estaba prohibido o que allí había prohibición y de esto precisamente nada dice la correspondiente inspección que se practicó. Se repite una vez más, transitaba, se encontraba la víctima en una vía pública, por donde le era perfectamente lícito transitar, por donde lo hacen muchos vehículos a cualquier hora del día o de la noche y nadie sabe en qué momento puede tener una necesidad urgente, en qué momento puede por ejemplo "pinchar" una llanta, quedarse sin corriente el vehículo, etc, etc, entonces no es posible que cuando un hecho de esta clase se presente, por el hecho de que su ocurrencia sea frente a un cuartel, se le pueda disparar a sus ocupantes, sin mediar ninguna investigación, en forma precipitada, de manera irresponsable. Es incuestionable en síntesis, que aquí se presenta una falla en el servicio.

"LOS PERJUICIOS MATERIALES.

"Que se causó un daño, no existente tampoco la menor duda. No sólo está la multiplicidad de testimonios, inclusive la de los propios soldados, que aparecen al cuaderno segundo, sino también la diligencia de autopsia de doña Yolanda Cuervo Aguilar, y con esa muerte se le causó perjuicio a sus menores hijos, perjuicios materiales, como que también está debidamente comprobado que ella trabajaba en el Departamento, en el

Ramo Docente, esta establecido el sueldo que devengaba (fls. 4 y 5 del cuaderno primero), y también que ella contribuía al sostenimiento de sus hijos.

"No cabe la menor duda para la Sala, que existieron prejuicios materiales, pues como antes se dijo, está aprobado a lo largo de este proceso, que la occisa Yolanda Cuervo Aguilar, se desempeñaba como Profesora al servicio del Departamento, en el Colegio Silvino Rodríguez de esta ciudad, y que para la época de los hechos, devengaba un sueldo de $36.410.oo Mcte., conforme a la constancia que obra el folio cinco del cuaderno primero de este proceso, sueldo con el que contribuía al sostenimiento de sus menores hijos Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez Cuervo, suma ésta que se tendrá en cuenta para establecer los perjuicios materiales causados con la muerte de Yolanda Cuervo Aguilar.

"Conveniente es anotar aquí, que no obstante manifestar en la demanda, que Yolanda Cuervo Aguilar, tenía su consultorio como Sicóloga en esta ciudad, no se trajo al proceso ninguna prueba al respecto y menos, de lo que devengaba como tal, y por lo mismo la Sala procederá a la condena in genere prevista en los artículos 307 del Código de Procedimiento Civil, que se hará con base en lo probado en el proceso, esto es el valor devengado en el Colegio Silvino Rodríguez de esta ciudad y distinguiendo dos períodos: a) El transcurrido entre el momento de la causación del perjuicio (noviembre 25 de 1985) y la fecha de ejecutoria de este fallo; b) El futuro o sea el que corresponde a partir del día siguiente de la ejecutoria de la presente sentencia y la vida probable de la occisa, ateniendo las tablas Colombianas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, las que se allegarán a los autos en el trámite incidental y el tiempo que le faltaba a los menores hijos para llegar a la mayoría de edad.

"Para la liquidación de los perjuicios materiales también se tendrá en cuenta, como es preciso tenerlo, los siguientes factores:

"a) Del monto total de los ingresos probados, se tomará un 25% que serían destinados a los gastos de sustento propio de la occisa. Este porcentaje debe restarse del monto total a que ascendía los ingresos del finado.

"b) El 75% restante, será la suma base para la liquidación.

"LOS PERJUICIOS MORALES.

"De los daños morales, casi que sobra cualquier análisis, pues a qué hijo no le va a causar dolor la muerte de su madre?. Como que es una verdad de apuño lo que dijera el gran Balzac: Jamás encontraréis ternura mejor más profunda y desinteresada que la de vuestra madre.

"Esos daños morales, serán el equivalente a mil gramos oro, para cada uno de los hijos menores, Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez Cuervo.

"Finalmente, la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, tampoco presenta dificultad alguna, pues se sabe que la muerte de doña Yolanda fue el resultado directo de los disparos que en forma imprudente profirieron los miembros de las fuerzas armadas. No otra cosa se deduce ostensiblemente de la declaración de Luis Enrique Motta, de la de Evandro Leonardo Rivera, de la Indagatoria de Ernesto Cruz Hernández, del testimonio de Simón Moreno Garzón, del de Luis Alejandro Romero, de la indagatoria de Filadelfo Mora Vega, de la exposición de Jairo Moreno Cruz. Esta relación de casualidad aparece tan clara que nadie la ha tratado de ocultar o tachar y no es necesario al respecto hacer mayores comentarios.

"Por lo antes expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala Plena y administrando Justicia a nombre de la República y por autoridad de la ley,

"FALLA.

"PRIMERO - Declarar no probadas las excepciones propuestas en este caso por el apoderado de la parte demandada.

"SEGUNDO.- Declárase la responsabilidad administrativa de la Nación Ministerio de Defensa-, por la muerte de Yolanda Cuervo Aguilar, ocurrida el veinticinco de noviembre de 1985, en la ciudad de Tunja, en las horas de la noche.

"TERCERO.- CONDENAR a la Nación -Ministerio de Defensa-, a pagar a los menores Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez Cuervo, a título de perjuicios materiales, en abstracto, la suma que resulte en la regulación de perjuicios, de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"CUARTO.- CONDENASE a la Nación -Ministerio de Defensa-, a pagar a cada uno de los menores Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez Cuervo, el valor equivalente a mil gramos oro, como perjuicios morales.

"QUINTO. - El pago ordenado se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. (fls. 71 a 81 Cdno No. 1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 89 y siguientes del cuaderno Nro. 1 aparece el escrito en que la apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo;

" El motivo de la inconformidad con el proveído H. Consejero estriba en que el hecho en el cual perdió la vida YOLANDA CUERVO AGUILAR; se debió única exclusiva y esencialmente a CULPA DE LA VICTIMA.

"Ello aparece en forma clara en el expediente. Tenemos que la noche del 25 de noviembre de 1.985, la señora YOLANDA CUERVO AGUILAR, salió del Colegio Integrado SILVIO RODRIGUEZ de la ciudad de Tunja, con su amigo el profesor LUIS ENRIQUE MOTTA, los dos residentes por muchos años de esta ciudad, a quien le comentó que se encontraba deprimida y sola con la educación de sus hijos, se subieron en el carro de propiedad de la occisa, dieron varias vueltas por la ciudad de Tunja y decidieron transitar y estacionar frente de los polvorines del Batallón Bolívar, donde permanecieron por espacio de media hora, apagando las luces del vehículo, se encontraban en zona militar, conocida por ellos, se ubicaron allí en forma, imprudente, temeraria, audaz e inconsciente, despertando sospechas y provocando la reacción lógica de los centinelas que se encontraban vigilando los polvorines y las instalaciones del Batallón Bolívar. Los centinelas dieron varias voces de alto, pero ni YOLANDA CUERVO ni su amigo el profesor MOTTA AVILA, se dieron por aludidos, cuando se acercaban los soldados, YOLANDA CUERVO procedió en fuga, aproximándose más a la zona de los polvorines, produciéndose en consecuencias los disparos que dieron como resultado los hechos luctuosos. Los centinelas al ver que no se acató la orden de alto, en defensa de la Unidad Militar y de sus propias vidas, y en cumplimiento de su deber, con las obligaciones inherentes al centinela dispararon.

" Por ello, estoy persuadida hasta la saciedad que en los hechos primo la culpa de la víctima, causal suficiente para exonerar a la Nación, de todo resarcimiento, si la profesora YOLANDA CUERVO, no hubiese estacionado en forma imprudente e inconsciente en el sector aledaño al Batallón Bolívar, ningún daño y menos la muerte hubiere sufrido.

"En cuanto a los perjuicios materiales que pretende el apoderado del actor, se condena a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA

NACIONAL, no fueron probados plenamente en consecuencia no hay lugar a dicho reconocimiento.

"Respecto de los perjuicios morales se nota que CIRO ANTONIO MARTINEZ GUARIN, se encontraba hacía algún tiempo separado de YOLANDA CUERVO, no existía unidad familiar ni apoyo ni lucha conjunta ni se compartían éxitos ni fracasos no fue la persona que la apoyo moral y económicamente, en consecuencia no proceden los perjuicios morales solicitados.

"Invoco ante esta H. Corporación que en el evento de reconocerse una indemnización, se tenga en cuenta que un demanda ante el Contencioso Administrativo, no puede ser fuente de enriquecimiento máxime cuando se dan los elementos constitutivos de exoneración de responsabilidad de la Nación, como en el caso sub-lite por la culpa exclusiva de la víctima.

"Por lo expuesto solicito del H. Consejero que al desatar el recurso interpuesto, se procesa en esos términos, es decir, se revoque la providencia impugnada negando las súplicas. Considero que los hechos son tan claros, que no hay forma de resolver la litis, que absolviendo a la Nación Ministerio de Defensa Nacional". (fls. 89 a 90 Cdno No. 1).

-III-

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

A folios 93 y siguientes del cuaderno No. 1 , aparece el escrito en que solicita se confirme la providencia proferida por el *a-quo*, por encontrarla ajustada a derecho, y a los medios probatorios que obran dentro del informativo

-IV-

VISTA FISCAL

El fiscal Octavo de la Corporación, Dr. JAIME MOSSOS GUARNIZO, en su concepto de fondo (Cdno No. 1, folios 98 y ss.ss.), OBSERVA:

"La entidad demandada al sustentar el recurso de apelación, sostiene que la inconformidad con el fallo de primera instancia consiste en que perdió la vida la señora Yolanda Cuervo Aguilar exclusivamente por la culpa de la misma, por haberse estacionado imprudentemente en zona militar en altas horas de la noche, dando lugar a que se sospechara y se tuviera que disparar como lo hicieron los miembros del Ejército del citado Batallón.

"En el proceso, con las pruebas aportadas, está demostrada la falla en el servicio, pues si bien es cierto que era de noche cuando los ocupantes del vehículo Renault 4 se estacionaron en zona militar, también es cierto que los centinelas del Batallón Bolívar deberían haber tomado todas las medidas indispensables para hacer retirar el vehículo de allí con sus ocupantes y no proceder a disparar contra éstos últimos.

"Por consiguiente, se causó un daño, pues con el fallecimiento de la señora Cuervo Aguilar, perdieron los menores Sandra Liliana y Germán Alberto Martínez Cuervo, a su madre, ser indispensable para ellos.

"Así, entonces, se ha comprobado la responsabilidad administrativa por parte del Ministerio de Defensa Nacional, al estar demostrados los tres requisitos configurativos de la misma, con la probanzas aportadas.

"En cuanto a los perjuicios morales y materiales esta Agencia del Ministerio Público, comparte la forma como los tasó el Tribunal Administrativo de Boyacá, en su providencia.

"Por lo tanto, se solicita al H. Consejo de Estado se confirme la sentencia objeto de apelación proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 24 de Agosto de 1.989". (fls. 99 y 100 Cdno No. 1).

-V-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) Estudiado el acervo probatorio que obra dentro del expediente y el alcance del fallo impugnado, la Sala encuentra que él se ajusta a la ley, pues lo alegado y probado permite concluir- sin espacios para la duda- que en el sub-lite se acreditó la falla del servicio. De la lectura del informe que el Oficial Disponible, Sargento Primero Querubín ROJAS ARENALES rindió al Señor Teniente Coronel, Comandante del Batallón de Infantería No. 1 "BOLIVAR", el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1.985), se desprende que a las 22:00 horas aproximadamente, del día veinticinco (25) del mismo mes y año, "...subió el carro Ranault 4 , color habano, distinguido con las placas JI 2562, modelo 80 TI, el cual llegó hasta la curva más arriba del polvorín y se regresó con las luces apagadas orillándose en forma sospechosa para estacionarse frente al polvorín de inmediato los centinelas tomaron posición de defensa y les gritaron alto; los ocupantes del vehículo al detectar la presencia de los centinelas y sin dar respuesta alguna arrancaron el vehículo a alta velocidad haciendo caso omiso del llamado de los centinelas en atención a esta actitud los centinelas le hicieron fuego, el vehículo se estrelló contra un poste de la cerca y fue cuando un señor cuyo nombre se estableció más tarde como ENRIQUE

MOTTA AVILA gritaba YOLANDA YOLY está herida auxilio, de inmediato la patrulla rodeó el carro y requisaron al señor MOTTA y empezaron a prestarle ayuda a la herida..." (Cdno No. 2, fol. 121).

"Buena parte de estas circunstancias particulares del caso encuentran respaldo y apoyo en el testimonio que dentro del proceso rindió el señor LUIS ENRIQUE MOTTA AVILA, quien expone que la víctima sí detuvo el carro en el sitio en que ocurrió la tragedia pero sólo para atender el requerimiento que él le hizo para satisfacer alguna necesidad fisiológica. Que entre el estacionamiento y los disparos alcanzó a transcurrir aproximadamente un minuto, tiempo que la víctima utilizó para "sacar unos quesitos y probó algunos bocados". El deponente suministra amplia información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, siendo de destacar la precisión que hace en el sentido de que en ese sitio no existía señalización alguna que indicara la prohibición para estacionar, y que aún al día siguiente, cuando volvió allí, con otros profesores, tampoco se habían colocado. Precisa, finalmente, que al estacionar el vehículo las luces del carro no quedaron apagadas completamente, pues "...las direccionales funcionaban en forma intermitente...".

Dentro del marco probatorio anterior, es incuestionable que la fuerza pública, al tratar de verificar la realidad de lo que ocurría con el estacionamiento del vehículo sobre la vía, se excedió al utilizar las armas y dispararlas contra los ocupantes del mismo. Estos no agredieron a la autoridad y se desplazaban por el sector haciendo uso de la libertad de locomoción que garantiza la Constitución Nacional. Ninguna señal que invitara a la reflexión se había colocado en el sitio en que ocurrió la tragedia, y, por lo mismo, no se podía exigir de la víctima una conducta especial de prudencia o diligencia, fuera de la que es normal para casos también normales.

En la interpretación de la conducta humana, que normalmente suele resultar de mayor interés que la de la propia ley, la Sala hace suya la perspectiva de valoración fáctica que el Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar manejó en su concepto de fondo, al destacar:

> "Porque se aprecia que si bien puede admitirse como cierto que los acusados todos, según lo aseveran en sus confesiones, impartieron algunas voces de alto y preventivas contra los ocupantes del vehículo donde se transportaban la víctima y el testigo atrás referido, las cuales no fueron escuchadas por éstos, *de todas maneras luego de ello han debido efectuar disparos al aire y esperar el resultado de esa advertencia por un tiempo prudencial, lo cual les hubiera permitido apreciar la realidad de lo que acontecía.*
>
> "Es cierto igualmente que en esos momentos la víctima, habiendo escuchado algunos ruidos - que no voces - temió que ellos podían ser el

producto de la acción de los delincuentes que merodeaban en esa zona y que pretendían hacerlos víctimas de algún acto violento y por ello de inmediato emprendió la marcha, momento en el cual seguramente fue cuando los procesados todos accionaron sus armas en forma indiscriminada contra ese automotor. Pero también, de otra parte, *debe tenerse en cuenta para resaltar el grado de culpabilidad con que obraron los acusados que dicho automotor hacía su recorrido por un vía pública, precisamente por la carretera que de Tunja conduce a las localidades de Chivatá y Toca, lo cual les decía indicar que esos movimientos podían provenir de personas totalmente inocentes en cualquier actividad delictiva.*

"Las dos circunstancias probatorias anteriormente anotadas esto es la ausencia de disparos efectuados en forma preventiva por los acusados, y el lugar por donde hacía su recorrido aquél automotor indican que los acusados obraron en forma negligente, por no haber previsto un resultado que no era del todo imprevisible." (Cdno 2, fol. 200 y ss.ss.).

B) Es verdad jurídica que en el caso en comento el Comandante del Batallón Bolívar, Juez de Primera Instancia, en providencia de veinticinco (25) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1.986), ordenó la cesación de todo procedimiento respecto de los soldados sindicados de homicidio por la muerte de la señora YOLANDA CUERVO AGUILAR, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar en proveído calendado el día once (11) de Marzo de mil novecientos ochenta y siete (1.987), pero esa realidad no empece para que la justicia contenciosa administrativa se ocupe de valorar la realidad fáctica a la luz de la filosofía que informa la falla del servicio, pues la responsabilidad de la administración se gobierna por normas diferentes. En esta materia parece de interés recordar que en sentencia de 14 de octubre de 1.988, Expediente Nro. 4972, Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo, la Sala precisó:

"Aunque el Tribunal no lo diga explícitamente si está dando a entender con su fallo que la absolución de la Nación se debió a la legítima defensa que se le reconoció al agente. Con esto equivocó la aplicación del derecho porque le hace producir a la causal de exculpación penal una consecuencia por fuera de su órbita propia.

"No puede olvidarse - se repite- que una es la responsabilidad penal por los delitos o las culpas y otra la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Mientras aquella es personal, la falta del servicio es normalmente anónima. El hecho de que frente a ésta pueda darse también la identidad del funcionario que con su conducta puso de frente esa falla, no varía el enfoque del asunto; como tampoco lo varía que esa conducta personal, por su lado, deba ser calificada penalmente. Quiere decir, entonces, que el hecho podrá juzgarse con sujeción a la ley penal

si revela una conducta punible en el agente y podrá ser confrontado con las normas que regulan la prestación del servicio público como indicio de un mal funcionamiento de éste.

" Y pese a que en estos casos la responsabilidad penal no condiciona a la administrativa, ya que el agente puede ser absuelto de la imputación penal y condenada la entidad pública por falla en el servicio o viceversa (de allí la no perjuidicialidad penal en los asuntos de responsabilidad estatal), la conducta del agente público y la de la víctima, como reveladoras de la forma como se desarrollaron los hechos, no podrán ser del todo ajenas en la definición del litigio de responsabilidad patrimonial de la administración.

"En este orden de ideas, no es lo mismo, vbgr, que el agente del orden, en horas de servicio, en estado de embriaguez y en ejecución de un procedimiento regular, hiera o mate a un particular inerme sin que medie provocación alguna, a que la muerte o las lesiones se deban al hecho de que agredió en forma injusta, desproporcionada y grave al agente y éste, en legítima defensa haya disparado el arma de dotación oficial como única salida válida y posible para salvar su vida.

"Mientras en el primer caso no existe duda sobre las responsabilidad de la administración por falla del servicio (éste funcionó mal o en forma inadecuada), en el segundo, esa responsabilidad, en principio, no se da, por culpa exclusiva de la víctima; o, en otros términos, porque no existe la relación de causalidad entre el hecho de la administración y el daño. Aquí éste se debió, con exclusividad, a la conducta antijurídica de la víctima y no al hecho de la administración.

"Por parte alguna ha dicho la jurisprudencia que las autoridades militares o de policía no puedan defenderse legítimamente de una injusta y desproporcionada agresión y que siempre que lo hagan se dará la falla del servicio. No, este no puede ser el enfoque del problema no sólo porque son dos situaciones diferentes, sometidas a regímenes distintos, sino porque su aceptación (el condicionamiento de una conducta por la otra) rompería los esquemas de la racionalidad y colocaría a la autoridad en un plano de inferioridad al imponer, como principio, la indefensión.

"Si los miembros de las fuerzas armadas no pudieran defenderse legítimamente, se estaría patentando la libre agresión contra éstos.

"Producido del hecho delictuoso, se dijo atrás, la conducta del agente público se subsume en la normatividad penal. El juez en este campo no puede salirse de los supuestos legales del tipo penal correspondiente. Pero no quiere decir esto, que el juez de la responsabilidad administrativa esté ligado por el mismo marco normativo como si su responsabilidad

fuera indirecta, por el hecho ajeno o de las personas que están bajo su cargo o dependencia. No, desde hace muchos lustros se definió esa responsabilidad como directa, porque el funcionario que actúa es el Estado mismo y no un simple dependiente suyo.

"En los casos de falla del servicio del funcionario identificado la responsabilidad administrativa no varía; lo que sucede es que es más fácil su definición porque al evaluar su conducta se puede concluir con mayor certeza que el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente".

C) Este proceso es un buen ejemplo para destacar una vez más la razón por la cual el juez administrativo no está ligado siempre por el marco de valoraciones jurídicas y fácticas que hizo el funcionario que investigó el delito. En la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar se afirma que: "Los disparos fueron ejecutados como un imperativo del momento, pues el estado anímico y emocional de los Centinelas era tal, que al observar que el vehículo presumiblemente iba transpasando zona de riesgo y de peligro, provino consecuentemente la defensa del lugar actuando en la forma que lo hicieron, aspecto que la Sala justifica, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar.."... " En consecuencia no hay que descartar la (sic) factor anímico o de tensión emocional y además de prevención en que deben vivir las Fuerzas Armadas de todo el país. De ahí que cualquier conducta o comportamiento ciudadano desprevenido o imprudente, puede colocar a un militar o a toda una unidad en circunstancias de alerta, exagerada en muchas ocasiones si se quiere, pero al fin y al cabo justificables".

La anterior perspectiva de interpretación de la conducta humana no puede ser de recibo cuando se tiene una formación adecuada y completa sobre lo que representa la dignidad de la persona que como lo ha repetido hasta la saciedad esta Sala, vale más que todo el Universo inanimado. Esta realidad explica que Tomás y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial en la Universidad de Salamanca en 1.971, dijese:

"Como decían los personajes de la Antígona griega y de La Antígona de Bertolt Brencht, no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre". (La Dignidad de la Persona. Jesús González Pérez, Editorial Civitas, pág. 26).

La fuerza pública, en los momentos difíciles que vive el País, no puede dejarse llevar por el estado anímico o emocional para atentar contra las personas, ni puede sentirse autorizada para disparar contra ellas simplemente porque el peregrino que pasa tiene un comportamiento "desprevenido o imprudente.".

Recientemente la Sala, al manejar una situación semejante a la de autos, destacó:

> "La fatiga, la incomprensión ciudadana, la dura brega no pueden apartar a las fuerzas armadas de su tarea excepcional de proteger la vida de todos los ciudadanos, aun en los momentos más difíciles, cuando éstos se enfrentan con ellas, pues su gran tarea y reto es la de defender "el patrimonio nacional, que es el territorio, la tradición, la libertad, la religión, las leyes, las costumbres, todo lo que explica y prolonga la armónica asociación de los ciudadanos", como lo destacaba en el pasado un ilustre hombre público". (Sentencia, noviembre, 9 de 1.989. Expediente No 5495. Actor Luis Alberto Hoyos y otra).

D) Tanto el daño como los Perjuicios Materiales y Morales aparecen demostrados en el *Sub-lite*, motivo por el cual el ad-quem no formula reparos al proveído impugnado. Se precisa sí, que en éste no se ordenó la actualización de la condena, como se impetró en la demanda. Pero como esté aspecto no fue cuestionado por el apoderado de la parte actora, que no apeló, la Corporación no puede hacer ninguna adición sobre el particular, pues haría más onerosa la situación de la Nación-Ministerio de Defensa, lo cual le está vedado.

E) Los motivos de inconformidad que enlista la apoderada del centro de imputación jurídica demandado, en su escrito visible a folios 89 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, no los patrocina el sentenciador, pues en el caso en comento no se de demostró culpa de la víctima. Ya se destacó en antes que no puede ser conducta "imprudente". ni "temeraria", ni "audaz" e "inconsciente", que los ciudadanos se desplacen por las vías públicas, en horas del día o de la noche, cuando esa conducta no está prohibida. No es censurable la de la víctima, pues en el sector donde ocurrió la tragedia no se habían colocado señales de tránsito lento o de interdicción para transitar. Un principio universal de derecho enseña que los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido, siendo esto lo sancionado, mientras que la autoridad sólo puede actuar dentro del marco legal de lo que expresamente le está permitido u ordenado. En esta materia parece conveniente recordar que no es de recibo el expediente a que suelen acudir, casi siempre, los entes demandados, cuando invocan, en los procesos de responsabilidad, que el daño causado fue producido, o agravado, por la conducta de la víctima. Olvidan quienes así excepcionan, que, como bien lo recuerda Jorge Peirano Facio, "... el hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, ya que de no ser así se debería entender que la acción de la víctima no es sino la consecuencia del acto del ofensor, y por eso, éste debe responder de aquella. También es evidente la aceptación de este carácter del hecho de la víctima, que en sí mismo no puede plantear dificultad alguna. Respecto de esta nota del hecho de la víctima, la doctrina y la jurisprudencia han planteado el interesante problema de la situación que se crea en caso de que *el hecho del*

ofensor sea un delito, esto es, sea intencional, y el hecho de la víctima, sea, en cambio, un cuasidelito. El análisis jurídico lleva en este caso a concluir que en tal especial circunstancia el hecho de la víctima aunque haya contribuido a la producción del evento dañoso no debe ser tenido en cuenta. En el derecho romano esta solución estaba recogida por un texto de acuerdo al cual el dolo absorbía la culpa grave y ésta la culpa leve.... El fundamento en que se apoya tal criterio es un evidente principio de justicia, y encontró su formulación técnica bajo la pluma de TEISSEIRE, a principios de siglo. De acuerdo a éste autor, *la culpa o el hecho de la víctima desaparecen frente a un delito cometido por el ofensor. porque en el caso de tal hipótesis es preciso convenir que el actor intencional se ha apropiado de la actividad de la víctima haciéndola suya; en este sentido, la jurisprudencia ha decidido que si un huésped de un hotel es robado, el hotelero responde aún cuando el robo haya contado en su favor con el descuido o la negligencia de la víctima*". (Responsabilidad Extracontractual). Editorial Temis. Tercera Edición, pág. 430 y ss.ss.).

Finalmente, la Sala observa a la apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa, que la glosa que hace a la sentencia, y que vincula a una presunta condena a pagar perjuicios morales al cónyuge sobreviviente, Señor CIRO ANTONIO MARTINEZ, carece de apoyo procesal , pues éste no demandó nada para sí sino para sus hijos, ni el *a-quo* se ocupó de él para beneficiarlo con indemnización, ora por perjuicios morales, ora por perjuicios materiales.

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

FALLA:

1o.) CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el día veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

2o.) Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala ;*Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo De Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Arturo Mora Villate, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: REITER. JURISPR: Sent. oct. 14/88, Sección 3a. Exp. 4972, Ponente Dr. Betancur Jaramillo.

EXPROPIACION. PERITO. LEY ESPECIAL

De acuerdo con el articulo 32 del Decreto 1576/74, en concordancia con el numeral 4 del artículo 38 del mismo, el sorteo de peritos para adelantar el avalúo de la indemnización de los predios sometidos a expropiación con fines de reforma agraria, debía hacerse teniendo en cuenta la lista especial que para tal fin elaborara el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Estima la Sala que las normas citadas por tener el carácter especial eran de aplicación preferencial a cualesquiera otras contempladas en el proceso de expropiación general regulado en el Código de Procedimiento Civil, entre éstas el artículo 456. Se rectifica por este auto lo dicho en proveído de abril 21/88 (proceso 5083 Pedro A. Forero C.) dictado por esta misma Sala y se reitera la tesis que en materia de avalúos agrarios deberá acatarse la normatividad especial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto diez (10) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº. 6039 Actor : *Instituto Colombiano de la Reforma Agraria*

Se procede a decidir el recurso de apelación contra el auto de 4 de mayo de 1.988, proferido por el juzgado segundo civil del circuito de Girardot en

el proceso de la referencia, mediante el cual se denegó una solicitud de nulidad impetrada por la señora apoderada de la parte demandante (folio 4 C.4).

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante apoderado demandó ante el juzgado civil del circuito de Girardot la expropiación del predio rural denominado "Sorrento", ubicado en el municipio de Ricaurte (Cundinamarca), de propiedad del señor Alfonso Vargas Wills y otros. (folios 110 a 117 C.1). El juzgado 2º civil del circuito de Girardot, mediante sentencia de septiembre 10 de 1.986, posteriormente confirmada por el tribunal superior de Bogotá, decretó la expropiación del predio (folios 240 a 252 C. 1).

Por auto de 22 de julio de 1.987 (folio 262 C. 1) el juzgado de conocimiento nombró peritos, para avaluar la indemnización, de la lista de auxiliares de la justicia y de la especial para fines de reforma agraria elaborada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, con fundamento en el artículo 456 del c. de p.c. Con posterioridad a la ejecutoria del auto la apoderada del Incora solicitó, con respecto a la designación de peritos, que se diera aplicación al artículo 38 del decreto 1576 de 1.974 y no al artículo 456 del c. de p.c. (folio 263 C. 1).

El juzgado, mediante providencia de septiembre 26 de 1.987, denegó la petición, (folio 264 C.1).

Contra el auto anterior, la mandataria judicial de la demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación mediante el cual solicitó la revocatoria del auto de 22 de julio de 1.987, por abierta ilegalidad en la designación de los peritos (folio 268 C.1).

Nuevamente el juzgado no accedió a la solicitud y denegó por improcedente el recurso de apelación (folios 269 y 270 C.1).

Con fecha 7 de marzo de 1.988, la apoderada del Incora promueve incidente de nulidad a partir del auto de fecha 22 de julio de 1.987 (designación de peritos), fundamentada en la causal 4a del artículo 152 del c. de p.c. Argumentó que la designación de peritos en los procesos de expropiación con fines de reforma agraria, debe ceñirse a las " leyes agrarias ", especialmente al decreto 1576 de 1.974 y no al c. de p.c. (folio 1 C.4)

El juzgado, mediante providencia de 4 de mayo de 1.988, denegó la nulidad con el argumento de que al proceso se había dado el trámite correcto (folio 4 C.4).

El 11 de mayo de 1.988 la apoderada del Incora apeló la anterior decisión (folio 5 C.1).

En providencia del 2 de febrero de 1.989, en aplicación del artículo 35 de la ley 30 de 1.988, el tribunal superior de Bogotá ordenó remitir el expediente al tribunal administrativo de Cundinamarca, sin resolver el recurso de apelación (folio 7 C.5).

Después de una serie de idas y venidas entre el juzgado, el tribunal superior y el tribunal administrativo de Cundinamarca, el expediente llegó a esta Corporación, en donde por auto de febrero 16 de 1.990 (folio 290 C.1), se abocó el conocimiento del proceso.

SE CONSIDERA:

Con respecto a la competencia para decidir el recurso de apelación por parte de esta Corporación, la Sala se pronunció en una situación similar en la siguiente forma:

" El tránsito de legislación que produjo la ley 30 de 1.988, en materia de expropiación, modificó sustancialmente las competencias para dicho proceso, así: Lo que era de primera instancia ante el juzgado civil del circuito de la ubicación del inmueble y de segunda, en el tribunal correspondiente, se volvió de primera en el tribunal administrativo y de segunda ante el Consejo de Estado.

" Por esta razón, las apelaciones y los recursos de queja que se venían tramitando cuando el cambio se produjo (el decreto reglamentario 2107 de 1.988, artículo 65, dispuso que los asuntos pasarían a los tribunales administrativos en el estado en que estuvieran) debieron pasar, por tratarse de segunda instancia, a esta Corporación y no al tribunal administrativo, porque éste ni era ni es el superior del juzgado del circuito y en materia de expropiación es juez sólo de primera instancia. Es este el alcance que se le debe dar a este artículo 65, porque en forma alguna le dio competencia de segunda instancia a los tribunales administrativos." (Auto de marzo 1o de 1.990; Expediente 6007; Actor; Instituto Colombiano de la Reforma Agraria).

Definida la competencia se entra a estudiar el fondo del asunto.

De acuerdo al artículo 32 del decreto 1576 de 1.974 (vigente cuando se expidió el auto recurrido) en concordancia con el numeral 4) del artículo 38 del mismo, el sorteo de peritos para adelantar el avalúo de la indemnización de los predios sometidos a expropiación con fines de reforma agraria, debía hacerse teniendo en cuenta la lista especial que para tal fin elaborara el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Estima la Sala que las normas citadas por tener el carácter especial eran de aplicación preferencial a cualesquiera otras contempladas en el proceso de expropiación general regulado en el código de procedimiento civil, entre

éstas el artículo 456. Con todo, el auto de fecha 22 de julio de 1.987 proferido por el juzgado 2º Civil del Circuito de Girardot, que desconoció esa normatividad especial, aunque pudo estimarse, en sus inicios, como ilegal, no alcanzó a viciar de nulidad al proceso de expropiación por trámite inadecuado. Se hace tal afirmación porque la causal alegada, tal como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, únicamente sanciona la actuación que debiendo tramitarse por un tipo de proceso de los previstos en la ley, se sigue por uno diferente. Es decir, por dicha causal se sanciona una equivocación radical en el tipo de proceso y no los errores cometidos en un auto o diligencia.

Fuera de lo dicho, en el presente asunto se produjo en cierta medida un saneamiento de la irregularidad inicial, porque el decreto 2107 de 1.988, reglamentario entre otros, de la ley 30 de 1.988 y del decreto 1127 de ese mismo año, volvió prácticamente al sistema del código, o sea a la designación de dos peritos de la lista de avaluadores de propiedad inmueble del respectivo tribunal.

Se rectifica por este auto lo dicho en proveído de abril 21 de 1.988 (proceso 5083 Pedro A. Forero C.) dictado por esta misma Sala y se reitera la tesis que en materia de avalúos agrarios deberá acatarse la normatividad especial. En dicho auto se revocó otro dictado por el señor Consejero Uribe Acosta en marzo 10 de ese mismo año y en el cual de insistía en la aplicación preferencial del régimen agrario.

Por lo expuesto, en el consejo de Estado, Sección Tercera,

RESUELVE:

Confirmase el auto de 4 mayo de 1.988, dictado por el juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, mediante el cual se denegó la solicitud de nulidad formulada por la parte demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 9 de agosto de 1.990

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla., Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INCORA - Actos. COMPETENCIA TERRITORIAL

Decir que como el acto versa sobre un inmueble la localización de éste determina la competencia, constituye una evidente impropiedad, porque ello equivaldría a sostener que un proceso en donde se discute la nulidad de un contrato de compraventa de automóviles, versa sobre los automóviles y no sobre el contrato mismo y que por consiguiente la competencia se determina no por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato sino por el lugar donde se encuentren los vehículos. En relación con procesos sobre actos del Incora sólo se tiene en cuenta el lugar de ubicación del inmueble, para efectos de competencia, cuando se trata de demandas de expropiación de terrenos de propiedad particular pero esto por existir norma expresa.

FALLO INHIBITORIO. PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

La sentencia inhibitoria tiene la virtualidad de ponerle fin a una instancia. Si está previsto que legalmente es posible dictar una sentencia inhibitoria, la misma es recurrible en apelación cuando sea dictada en la primera instancia. Si es apelable, el superior tiene competencia para revisarla y, obviamente, para revocarla, caso en el cual debe decidir lo que en el fondo corresponda, pues el ordenamiento no prevé el reenvío al inferior para que sea él quien se pronuncia de mérito. Todo ello se infiere del artículo 357 del C. de P. C.. No se permite la instancia cuando el superior revoca la sentencia inhibitoria del aquo y se procede a dictar sentencia de fondo.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

La indebida acumulación de pretensiones no constituye un defecto de forma sino uno sustancial y por tanto la decisión no puede ser otra que la inadmisión de la demanda. Pero en un proceso contencioso administrativo en donde el juez no proceda en la forma indicada y el caso llegue para fallo, considera la Sala que debe ocurrir lo mismo que en los civiles, según lo dicho para éstos por la Corte Suprema de Justicia, en los cuales, se repite, si el juez sólo es competente para conocer de algunas de las prentensiones acumuladas debe pronunciarse sobre ellas y declararse inhibido en cuanto a las restantes.

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES. ACCION. PRETENSION

La realización del fenómeno jurídico de la acumulación de acciones no depende de la acertada o errónea enunciación de las normas legales que las consagran, sino de la naturaleza, contenido y fines de la demanda y específicamente de los actos esenciales de postulación, tales como las súplicas del líbelo y los hechos generadores del derecho.

ADJUDICACION DE BALDIOS

Tres requisitos esenciales deben ser cumplidos en materia de adjudicación de baldíos, a saber: 1) Salvo excepciones señaladas en las respectivas leyes, el adjudicatario persona natural tiene que haber sido ocupante del predio de que se trate; 2) Tener bajo explotación económica por lo menos las dos terceras partes de la superficie cuya adjudicación se solicita, y 3) Quien pide la adjudicación debe demostrar la explotación económica mencionada. En el sub judice aparece que la adjudicación hecha por medio de la resolución acusada no se efectuó en la forma prescrita, pues ni la adjudicataria demostró, como le correspondía, la ocupación previa, con la explotación económica, ni el Instituto se preocupó por comprobarla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente N°.5582 Actor :Lino José Plata Suárez

Conoçe la Sala, por vía de apelación interpuesta por el apoderado judicial del actor, de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 12 de octubre de 1988 por la cual declaró probada la excepción de incompetencia propuesta por una de las partes y se inhibió de fallar en el fondo.

I.- ANTECEDENTES :

1o. El ciudadano Lino José Plata Suárez demandó en proceso de restablecimiento del derecho que se declarará la nulidad de la Resolución No. 00817 del 30 de mayo de 1986, proferida por el Gerente Regional del Cesar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por la cual se adjudicó un terreno baldío a la señora María Luisa Cuello de Barros y se le restituyera en sus derechos, como poseedor del predio adjudicado, disponiendo la cancelación del registro de la resolución y declarando a la señora Barros como poseedora de mala fe. (fls. 5 a 9).

2o. Los hechos, fundamento de la demanda, pueden sintetizarse así:

a) El actor era poseedor del bien adjudicado como baldío, que identificó por sus linderos, ubicado en el paraje denominado El Hatico, jurisdicción del municipio de San Juan del Cesar-Guajira, en donde había realizado mejoras, consistentes en cercas, "buldoceo" , ect. y donde pastaba ganado vacuno de su propiedad, de sus hijos y nietos y del señor Daniel Barros, quien hacía vida marital con una de sus hijas de aquél, la señora Gloria Plata.

b) El señor Barros falleció y su ganado quedó en el mismo inmueble con el consentimiento del actor, quien tenía la esperanza de que fueran adjudicados a los hijos de aquél, nietos del actor y nacidos en la relación extramatrimonial con su hija.

c) "Aprovechándose de esa circunstancia, (y) también de que JOSE LINO PLATA es un anciano, campesino e ignorante, doña MARIA LUISA CUELLO DE BARROS, viuda de DANIEL BARROS, en forma clandestina y a espaldas de todo el mundo tramitó y consiguió que el INCORA-Regional Cesar, le adjudicara la parcela EL HATICO DE CARRILLO, que por más de 40 años venía poseyendo en forma pacífica, pública e ininterrumpida".

d) La adjudicataria nunca había sido poseedora del inmueble, engañó a los vecinos para que le firmaran como colindantes e hizo que la tramitación se adelantará subrepticiamente "dada la circunstancia que LINO JOSE PLATA vive en la zona rural".

e) El trámite administrativo culminó con la resolución No. 00817 de 1986, demandada, la cual fué registrada en la oficina de Registro de San Juan

del Cesar, en el folio de Matrícula Inmobiliaria No. 214-0006-004. El acto administrativo fué notificado el 23 de junio de 1986.

f) La resolución está viciada de nulidad porque la adjudicación se hizo a una persona sin ningún vínculo de explotación económica con el inmueble, del cual no había sido poseedora y a sabiendas "de que el verdadero dueño y poseedor, con más de 40 años de explotación económica era el señor Lino José Plata". Ella "procedió de mala fe, lo que indujo a un error a los funcionarios del Incora al adjudicarle un inmueble sin llenar los requisitos de ley".

g) La señora de Barros a comienzos del mes de junio de 1987, "procedió con la policía de San Juan del Cesar a sacar los animales y reses de Lino Plata y sus familiares. Como Josefina Plata Fuentes, hija de Lino, y Efren Plata Cataño, nieto, se opusieron a tal medida, fueron detenidos por la policía y llevados en tal calidad a San Juan del Cesar. A raíz de este incidente descubrieron la existencia de la adjudicación que Incora había hecho del inmueble que toda la vida había poseído LINO JOSE PLATA".

3o. Como normas violada señaló el demandante los artículos 29, 30 y 39 de la Ley 135 de 1961, el art. 3o., literal b), ordinal 7o. del Decreto 389 de 1974 y el art. 1o. de la Ley 200 de 1936, de los cuales señaló el concepto de la violación, porque, en su opinión, las disposiciones de la Ley 135 de 1961, consagran como requisito necesario para la adjudicación la posesión "con criterio de explotación agropecuaria del fundo por parte del adjudicatario" y la del Decreto 389 de 1974 reitera el criterio de explotación económica, por lo que "cuando una persona, como en el caso de MARIA LUISA, no ha tenido esa clase de vinculación, no puede pedir la adjudicación, si lo hace debe negársele, de lo contrario su título queda viciado".

De acuerdo con el artículo 1o. de la ley 200 de 1936 el poseedor, por explotación económica, se presume dueño de la parcela y él es quien tiene derecho a que el Estado "declare la propiedad sobre el inmueble, puesto que tiene un mejor derecho que la intrusa. Al desconocerse esa presunción a raíz del engaño y male fe por parte de la adjudicataria, se violó también este art.".

4o. Admitida la demanda, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la señora de Barros se hicieron parte y la contestaron.

El primero manifestó no constarle los hechos descritos bajo los literales a, b y c del numeral 2o. precedente; no ser ciertos los que corresponden a los literales c, d y f y ser cierto el descrito bajo el literal e y pidió que no se accediera a las súplicas de la demanda. Propuso, al mismo tiempo, como excepciones de fondo la de falta de jurisdicción e ineptitud de la demanda ("por indebida acumulación de pretensiones" que fundamenta "en el hecho de solicitarse en la demanda que se ordene al INCORA restablecer el presunto

derecho de propiedad no inscrita, con restitución de una pretendida posesión material que la parte actora supuestamente perdió, lo cual es competencia exclusiva y excluyente de los jueces ordinarios..."), y la que denominó como "carencia e inexistencia de la acción (porque la parte actora no acreditó haber poseído el inmueble adjudicado por la Resolución reclamada) (fls. 31 a 33).

La señora Cuello Barros, por su parte, negó los hechos sintetizados bajo los literales a, c, d, f y g y dijo ser ciertos los descritos en el literal b (porque "las reses de la sociedad conyugal formada entre DANIEL BARROS y MARIA LUISA CUELLO quedaron en la finca EL HATICO, pero por consentimiento e interés propio de MARIA LUISA CUELLO, su propietaria") y el literal e. Propuso, además, las excepciones de "falta de competencia del Tribunal Administrativo del Cesar, por el factor territorial" (porque, el inmueble está ubicado en el Departamento de la Guajira y de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado este es el factor que debe tenerse en cuenta para la determinación de la competencia), "Indebida acumulación de acciones" (porque el demandante "en la primer parte del libelo de la demanda invoca expresamente los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo que consagran claramente y en forma separada las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho", sin que sea posible acumularlas pues la nulidad los actos del Incora es de competencia del Consejo de Estado en única instancia según el numeral 9 del art. 128 del C.C.A., mientras que la de restablecimiento del derecho "en que se controviertan actos o hechos del Incora, es de competencia de los tribunales contencioso administrativos, según la cuantía, en única o en primera instancia...") y, finalmente, "falta de causa para pedir por parte del demandante" (porque alega que el actor carece de derecho alguno sobre la finca y es ella, la señora Barros, quien ha ejercitado sobre el predio... actor propios de dominio en forma pública, pacífica y permanente" y "para su explotación ha contratado los servicios de muchas personas en la región donde está ubicado el inmueble... "). (fls 36 a 40).

4. Todos los intervinientes solicitaron la práctica de varias pruebas, las que fueron decretadas y se allegaron al proceso, junto con los antecedentes administrativos de la resolución acusada.

5o. Tramitado el proceso en legal forma, culminó, con la sentencia apelada, en la cual, como arriba se dijo, el Tribunal Administrativo del Cesar, encontró probada la excepción de incompetencia propuesta por la señora Barros y se inhibió de fallar en el fondo. (fls. 161 a 175).

Para llegar a la decisión anotada, dijo el Tribunal que: a) los artículos 131 y 132 establecen en sus numerales 9o., que los Tribunales Administrativos conocen en única o en primera instancia de los procesos de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional según la cuantía que ellos indican, añadiendo que "La competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo el acto."

b) En esos preceptos debe anotarse que existe un vacío "pues nada establece (sic) sobre la competencia cuando se trate de organismos como el Instituto Colombiano de Reforma Agraria que en algunas ocasiones tiene competencia para proferir decisiones en varios departamentos como es el caso que hoy es objeto de estudio (Incora proyecto Cesar y Guajira) ... " y añade: "Ante este vacío es necesario dar aplicación a las normas que sobre el factor territorial consagra el Código de Procedimiento Civil por remisión expresa que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, como acertadamente lo expone el doctor Costa Gutiérrez (el apoderado judicial de la señora de Barros, aclara la Sala) y nuestro colaborador Fiscal" y al efecto cita los numerales 1o. y 9o. del artículo 23 de dicho Código según los cuales la competencia en los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario corresponde al juez del domicilio del demandado y en los procesos en que se ejerciten derechos reales, al juez donde se hallen ubicados los bienes.

c) Como en el presente caso " se encuentra plenamente demostrado que el señor Lino Plata Suárez tiene su domicilio en el Departamento de la Guajira y que el inmueble denominado ' El Hatico se encuentra ubicado en ese Departamento', el Tribunal Administrativo del Cesar' carece de competencia para conocer de él, pues quien tiene la competencia en razón del territorio es el Tribunal Administrativo de la Guajira".

El *a-quo* respaldó su conclusión en lo expuesto por el Consejo de Estado en providencias del 15 de abril de 1986, 5 de febrero y 9 de abril de 1987, de las cuales transcribe apartes.

6o. Inconforme el actor con lo resuelto, interpuso recurso de apelación, el cual fué concedido por el a-quo y admitido por la Sala.

Para el actor la providencia debe ser revocada y fallarse en el fondo porque en su opinión los artículos 131, ord. 10 y 132 ord. 9 del C.C.A. son claros cuando establecen que la competencia por el factor territorial se determinará por el lugar donde se produjo el acto y "Ante una evidencia plasmada en la norma legal, no caben elucubraciones interpretativas, ya que los términos sencillos en que fué redactada la disposición no le da base al intérprete para que infiera un alcance distinto al que se desprende del contenido literal "por lo que termina diciendo; "El acto se produjo en Valledupar, dable es aplicar la norma positiva: el lugar donde se produjo el acto; si el acto se produjo en Valledupar, lógico es inferir que la competencia corresponde al Tribunal Administrativo del Cesar".(fl. 178).

7o. Durante el traslado de rigor en la segunda instancia alegó de conclusión el apoderado judicial del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para quien la sentencia debe ser confirmada, porque, "La decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Cesar ... no sólo se ajusta a

derecho por cuanto definió la competencia para conocer del proceso con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil., aplicable por remisión que hace el artículo 267 del estatuto primeramente mencionado, conforme a las cuales el lugar de ubicación de los bienes se constituye en factor determinante de la competencia en las acciones en que se ejercitan derechos reales como ocurre en el presente caso, sino que está de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en numerosas decisiones de la Sección Tercera, en procesos donde se impugnan los actos mediante los cuales el INCORA adjudica las tierras baldías." y cita en respaldo de su tesis las decisiones de esta Sala de 10 de abril , 3 de mayo y 4 de junio de 1987, recaídas en los procesos 5063, 5064, 5065, 5066, en los cuales se ejercitaba la acción de restablecimiento del derecho tendiente a la declaratoria de nulidad de sendas (sic) resoluciones de adjudicación de baldíos y el restablecimiento del respectivo derecho" y luego expresa que "En el sentido de definir la competencia por el lugar de ubicación del predio adjudicado, también se pronunció el Consejo de Estado en providencia de fecha 6 de junio de 1986, Actor Roberto Rochels Awad ..., en donde se dijo: 'Pero esa presentación tendrá que hacerse ante el Tribunal de ubicación de los inmuebles adjudicados como baldíos, según las resoluciones impugnadas. Estima el suscrito (Consejero ponente) que esta competencia no es de única instancia ante esta Corporación, como a primera vista se desprende de la lectura del numeral 9o. del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo.

"Este numeral es sólo para los contenciosos de nulidad y no para los de restablecimiento (el caso concreto). Estos tienen un régimen diferente en el que juegan los factores territoriales de cuantías".

8o. La Fiscalía 8a de esta Corporación conceptúa que debe revocarse y la sentencia apelada y en su lugar ordenar el envío del proceso al Tribunal de origen para resolver sobre las otras excepciones que fueron propuestas y fallar en el fondo, si fuere el caso, porque aquél sí era competente ya que considera que "no se tiene que acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, pues los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo son muy claros al establecer que 'La competencia por razón del territorio se determinará *por el lugar donde se produjo el acto*" (subraya la Fiscalía)" (fls. 192 a 195).

II - CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o. Es cierto que esta Sección en múltiples oportunidades ha expresado que la competencia en los procesos encaminados a obtener la nulidad de actos administrativos proferidos por el Incora, relacionados con la adjudicación de baldíos, y el consiguiente restablecimiento del derecho o la reparación del daño (art. 85 C.C.A.) corresponde a los tribunales administrativos según el lugar de ubicación del inmueble al cual se refiera la decisión impugnada y, en

primera o en única instancia, según la cuantía de las pretensiones de la demanda, cuantía que, en principio, se determina por el valor del mismo inmueble.

Cree la Sala que es momento de reexaminar el asunto, pues los fundamentos de tales decisiones han sido errados. En efecto, tales fundamentos han sido sustancialmente dos, a saber: a) El legislador ha buscado, en materia de competencia la desconcentración territorial; y b) Como en procesos como los del que se trata se discute sobre bienes inmuebles, el factor territorial lo determina su ubicación.

El primer fundamento es cierto, pero la consecuencia que se saca de la tesis no lo es, porque es el resultado de un silogismo que se plantea así: El legislador quiere desconcentrar territorialmente la administración de justicia; es así que los procesos contra actos administrativos del Incora tendrían que adelantarse ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con lo cual no se obtendría esa finalidad de desconcentración; luego deben desconcentrarse interpretando que la compentencia se fija por el lugar de ubicación del inmueble.

Este silogismo es vicioso porque la premisa menor no guarda ninguna relación con la mayor. No todos los procesos contra actos del Incora tendrían que adelantarse ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues no todos sus actos se originan en la sede Bogotá, de su Dirección o Gerencia General. Además, aun cuando así fuera, quien determina la desconcentración es el legislador y no el juez. Este, en presencia de una disposición clara, expresa, no puede desatender el tenor literal de la norma legislativa so pretexto de consultar su espíritu, principio que no solo se encuentra consagrado en el Código Civil (art. 27) sino que tiene su fundamento último en la separación de las ramas del poder público en cuya virtud el legislador legisla y el juez dirime las controversias conforme a esa legislación. Es claro para la Sala que en ciertas ocasiones el juez crea derecho, pero nunca puede hacerlo cuando la norma legislativa es clara, sin que, por consiguiente se puede alegar que existe un vacío normativo que deba llenar el juzgador, por deducirse así del art. 48 de la ley 153 de 1887.

Y el segundo fundamento en que se ha apoyado la Sala, sí que es débil; ha dicho que como en estos procesos se discute sobre bienes inmuebles , la localización de éstos determina la competencia. El Tribunal Administrativo del Cesar, en el *sub judice*, fué más lejos y sostuvo que en relación con los artículos 131 y 132, numerales 9o., del C.C.A. existe un vacío legal, "pues nada establecen sobre la competencia cuando se trate (sic) de organismos como el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que en algunas ocasiones tiene competencia para proferir decisiones en varios departamentos... ",de donde pasa entonces a sostener que ese vacío debe llenarse recurriendo al ordinal 9o. del art. 23 del Código de Procedimiento Civil según el cual "En

los procesos en que se ejerciten derechos reales será competente el juez donde se hallen ubicados lo bienes".

Se dice que el fundamento que ha tenido la Sala es débil porque de la circunstancia de versar el acto administrativo, cuya nulidad se discute, sobre un bien baldío no puede deducirse que su localización determina la competencia, cuando los mismos artículos 131 y 132 del C.C.A. establecen que los Tribunales. Administrativos conocen en única o en primera instancia de los procesos de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos de orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes por sus actos o hechos, cuando la cuantía, no exceda lo haga de $800.000.oo (hoy de $1'120.000oo), agregando que "la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo el acto". Decir que como el acto versa sobre un inmueble la localización de éste determina la competencia, constituye una evidente impropiedad, porque ello equivaldría a sostener que un proceso en donde se discute la nulidad de un contrato de compraventa de automóviles, versa sobre los automóviles y no sobre el contrato mismo y que por consiguiente la competencia se determina no por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato (como lo disponen los numerales 8 de los mismos artículos 131 y 132) sino por el lugar donde se encuentren los vehículos. Y yerra mucho más el Tribunal con su argumentación pues, por una parte, en casos como el *sub judice* no se trata de procesos en donde se estén ejercitando derechos reales y por la otra, porque la remisión al Código de Procedimiento Civil, que autoriza el art. 267 del C.C.A., sólo está permitida"en lo que sea compatible con la *naturaleza* de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo" (subraya la Sala) y siempre y cuando se trate de aspectos no contemplados en el C.C.A. Y vuelve a errar el Tribunal cuando sostiene que los artículos citados nada establecen cuando se trata de "organismos" que como el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "tiene competencia para proferir decisiones en varios departamentos ... ", como si la competencia para conocer de los procesos de nulidad con restablecimiento del derecho, contra los actos de tales "organismos" se determinara por el lugar donde ellos actúen o puedan actuar y no, como lo establecen tales normas, por el lugar *donde se produjo el acto.*

En relación con procesos sobre actos del Incora sólo se tiene en cuenta el lugar de ubicación del inmueble, para efectos de competencia, cuando se trata de demandas de expropiación de terrenos de propiedad particular, pero esto por existir norma expresa. (art. 59 de la ley 135 de 1961, tal como fué subrogada por el art. 25 de la ley 30 de 1988).

Por lo expuesto es claro que la jurisprudencia citada tanto por el Tribunal *a-quo*, que en realidad es toda de Sala Unitaria, como por los apoderados del Instituto Colombiano de Reforma Agraria y de la señora Cuello de Barros, es errónea y será esta la oportunidad de recogerla. La conveniencia de esta

rectificación se impone en este caso, cuando de no hacerlo, el demandante podría verse ante la circunstancia de no poder ocurrir al Tribunal que de acuerdo con tal jurisprudencia se creyera el competente, por haber transcurrido ya el término de la caducidad del proceso correspondiente.

2o. Establecido, como queda, por las consideraciones precedentes, que el Tribunal Administrativo del Cesar sí era el competente para conocer del proceso, debe definirse si es el caso o no de proceder a fallar en el fondo, previo el estudio de las otras excepciones que fueron propuestas por aquéllos apoderados o si lo procedente es devolver el expediente al a-quo para que se pronuncie sobre tales aspecto, como lo pide la fiscalía.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación, Civil, en fecha reciente, tuvo la oportunidad de estudiar este aspecto por haberse alegado la nulidad de una sentencia dictada por el juez *ad-quem*, quien al conocer de la del *a-quo*, que era inhibitoria, la revocó y en su lugar falló en el fondo. Expuso la Corte sobre el particular:

> " El art. 153-3 del C. de P.C. con el propósito de preservar el derecho de defensa de las partes, establece que el proceso es nulo, en todo o parte, cuando el juez 'pretermite íntegramente la respectiva instancia'. Pero, como es claro , para que ocurra ese vicio como imputable al superior -el Tribunal en este caso-, se requiere que el proceso haya comenzado ante él y no ante el inferior al que la ley le atribuya competencia para asumir el conocimiento del asunto.
>
> "En la especie de esta litis resulta evidente que si el proceso empezó ante el juez competente para conocer en primera instancia y concluyó allí por una de las maneras que establece el procedimiento, y después, con ocasión del recurso de apelación, el superior tramitó y decidió la segunda instancia, no se da la pretermisión de la primera, sino precisamente el exacto agotamiento de todas las etapas procesales atinentes a cada instancia.
>
> "De otra parte, vienen al caso las siguientes puntualizaciones:
>
> "a) Ninguna norma procesal estatuye que en los procesos de doble instancia, indefectiblemente tienen que proferirse dos sentencias de fondo. Lo que se explica porque el dictar una de estas o un fallo inhibitorio es algo que depende de la concurrencia de ciertos determinados presupuestos procesales, sopesados o estimados a la luz del criterio del fallador respectivo.
>
> "b) Por consiguiente, cualquiera de las instancias, o ambas, se pueden clausurar con sentencia inhibitoria, sin que ello signifique que, cuando

el inferior así lo haga y el superior revoque el fallo, éste habrá permitido la primera instancia.

"c) La sentencia inhibitoria, entonces, tiene la virtualidad de ponerle fin a una instancia. Además está considerada en la ley procesal con esa denominación, pues así consta en el Art. 333 del C. de P.C., que dice: 'No constituyen cosa juzgada la siguientes sentencias" ... 4. Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio; lo cual, a su vez, no significa que no deban ser evitadas: los Artículos 37-4 y 403 ib., así lo piden e igualmente lo otorgan idéntica denominación a esa clase de providencias.

"d) Si está previsto que legalmente es posible dictar una sentencia inhibitoria, la misma es recurrible en apelación cuando sea dictada en la primera instancia (Art. 351 ib.). Si es apelable, el superior tiene competencia para revisarla y, obviamente, para revocarla, caso en el cual debe decidir lo que en el fondo corresponda, pues el ordenamiento no prevé el reenvió al inferior para que sea él quien se pronuncie de mérito. Todo ello se infiere del Art. 357 del C. de P.C..

"e) Por último, el proceso bajo estudio se adelantó en primera instancia con el agotamiento de las distintas etapas procesales hasta que se dictó sentencia inhibitoria. Y tales etapas no desaparecen a propósito de la revocatoria de ésta, por lo que resulta no ya jurídica, sino físicamente imposible afirmar que la primera instancia se pretermitió en su integridad, como es lo exigido por el Art. 152-3 del C. de P.C." (Extractos de la Corte Suprema de Justicia, págs. 85 y 86, Tomo I, Primer Trimestre de 1989).

Por su parte el problema también se lo ha planteado el Consejo de Estado y así, en aclaración de voto del entonces Consejero de Estado Dr. Carlos Galindo Pinilla, a fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 5 de febrero de 1974 (Anales, primer semestre 1974, pág 431), aquél dijo... "Una decisión de esta naturaleza [se refiere a una sentencia inhibitoria], así se pronuncie al término del trámite de la primera instancia], no significa la culminación de ésta y, por consiguiente, el conocimiento del superior a virtud de su impugnación por la vía del recurso de alzada, no constituye la segunda instancia del proceso.

"En este caso la competencia del superior queda circunscrita al examen de los fundamentos de la decisión inhibitoria, para confirmarla o revocarla. Si lo primero, se produce una forma de terminación anormal del proceso; si lo segundo, habrá lugar a reanudación de su desarrollo para propiciar su culminación normal, mediante la sentencia de mérito. Por consiguiente, en la hipótesis de no hallarse fundada la decisión inhibitoria procede su revocación, y por efecto de ella la secuencia del proceso debe continuar a partir del

momento en que su curso normal experimentó la interrupción; vale decir, que estaría pendiente la culminación de la primera instancia mediante un pronunciamiento de mérito por parte del Tribunal de primera instancia, que abriría la posibilidad de la segunda instancia y con ella la ocasión para el Consejo de dictar sentencia de fondo. La adopción de un procedimiento diverso contraría al principio de las dos instancias instituído en el C.C.A. para la mayor parte de los procesos y elevado a la categoría del principio general de derecho procesal por el artículo 3o. del C. de P.C.. Por consiguiente, al tenor de lo preceptuado en el artículo 4o. *ibídem*, ese principio general debe ser guía y norte de interpretación de las instituciones procesales en cuanto garantía fundamental del debido proceso y del acierto judicial".

En otra ocasión, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Aministrativo tuvo la oportunidad de estudiar este problema y se inclinó por la tesis de que en presencia de un fallo inhibitorio apelado por el actor si el *ad-quem* encuentra que debe revocarse y fallar de mérito denegando las súplicas de la demanda, lo procedente es devolver el caso al inferior a fin que pronuncie la sentencia de mérito, porque de lo contrario se contradeciría el principio de la *reformatio in pejus* que prohibe hacer más gravosa la situación del apelante, establecida en la sentencia. (ver sentencia), (sic).

De las tesis expuestas, la Sala acoge la prohijada por La Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, procederá a fallar sobre el fondo de las pretensiones del actor, pero, antes, decidirá sobre las restantes excepciones propuestas por la entidad administrativa que profirió el acto cuya nulidad se alega y por la señora de Barros beneficiaria del mismo acto.

Al efecto se procede a su examen así:

A) *Excepciones propuestas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria*:

1. *Falta de Jurisdicción e inepta demanda.* Se hace consistir "en el hecho solicitarse en la demanda que se ordene al INCORA restablecer el presunto derecho de propiedad no inscrita, con restitución de una pretendida posesión material que la parte actora supuestamente perdió, lo cual es competencia exclusiva y excluyente de los Jueces ordinarios y en cuanto viable sus partes, (sic) serían la parte actora y el adjudicatario con exclusión del Instituto ahora demandado, ajeno a esa litis".

Es sabido que la acumulación de pretensiones en la demanda es viable cuando se cumplen los siguientes tres requisitos:

a) Que el Juez sea competente para conocer de todas; por excepción pueden acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía;

b) Que puedan tramitarse todas por el mismo procedimiento;

c) Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

Se dice que hay incompatibilidad procesal de pretensiones, cuando el juez no es competente para conocer de todas o cuando ellas no les corresponde idéntico procedimiento.

En el proceso civil, cuando una demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones - y la contendrá cuando no se cumplan alguno de los requisitos indicados - el juez no debe admitirla y debe señalar en el mismo auto el defecto para que el demandante lo subsane en el término de cinco días, so pena de que si no lo hace el juez rechace la demanda (art. 85 del C. de P.C.); si no obstante la indebida acumulación el Juez admite la demanda (art. 97-5) se puede proponer la excepción previa de ineptitud de la demanda (art. 97-5 *ibídem*) que de prosperar da lugar a que el juez ordene al demandante que subsane el defecto dentro de los tres días siguientes y si no lo hace dará por terminado el proceso. (art. 99-4).

Pero si el juez admite la demanda y si el demandado no solicita la reposición o si el demandado no propone la excepción o si propuesta el Juez no la admite y, por consiguiente no ordena que se subsane el defecto y el proceso le llega para sentencia, ésta debe ser inhibitoria, pues el vicio en el presupuesto procesal de demanda en forma impide al Juez pronunciarse favorable o desfavorable.

Pero la Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando hay acumulación indebida de pretensiones y el juez sólo es competente para conocer de algunas de ellas debe pronunciarse sobre éstas e inhibirse sobre las demás. (Gaceta Judicial No. 2186-2187, pág. 363).

Sobre esto mismo escribe el tratadista Hernando Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso, Tomo I, Ed. Dike Medellín 1987, pág. 422 y ss.): "... Pero la indebida acumulación no impide resolver en el fondo o de mérito, sobre todas las pretensiones en todos los casos, sino cuando haya incompatibilidad, por ser excluyentes o contradictorias, entre unas y otras del mismo grupo principal o de cada grupo de subsidiarias (en el último caso cuando deban resolverse sobre el respectivo grupo de subsidiarias por haberse negado las de los grupos anteriores y las respectivas principales): pero si se trata de que respecto de algunas de las pretensiones principales no es posible resolver por falta de jurisdicción o competencia, pero para otras que no sean necesaria consecuencia de las primeras, sí existen aquellas, debe pronunciarse sentencia de mérito respecto de éstas, porque el proceso no es nulo debido a que el vicio solo afecta el trámite respecto a algunas pretensiones y es válido para las otras ...".

En los procesos contencioso administrativos el artículo 143.del C.C.A. (art. 26, D. 2304 de 1989), permite que el ponente exponga en auto susceptible de reposición, los defectos e informalidades que observe en la demanda para que sean corregidos en el término de cinco (5) días y si el demandante no lo hiciere, se rechazará la demanda. Este auto lo dictará la Sala (si el proceso es de dos instancias) y será susceptible de apelación.

La Sala ha dicho (auto de octubre 1o. de 1986, Exp. 4880, Actor: Occidental de Colombia, Anales 1986 Segundo Semestre, pág. 160) que la indebida acumulación de pretensiones no constituye un defecto de forma sino uno sustancial y que por tanto la decisión no puede ser otra que la inadmisión de la demanda.

Pero en un proceso contencioso administrativo en donde el Juez no proceda en la forma indicada y el caso llegue para fallo, considera la Sala que debe ocurrir lo mismo que en los civiles, según lo dicho para éstos por la Corte Suprema de Justicia, en los cuales, se repite, si el Juez sólo es competente para conocer de algunas de las pretensiones acumuladas debe pronunciarse sobre ellas y declararse inhibido en cuanto a las restantes.

Es cierto que el actor solicitó que se declarara la nulidad de la resolución 00817 de 30 de mayo de 1986 y que se le restablezca en su derecho "disponiendo: a) La cancelación del registro Matrícula Inmobiliaria No. 214-0006-004, Oficina de Registro de San Juan del César; b) Que se declare de mala fe la posesión de MARIA LUISA CUELLO; c) Que se ordene la restitución del bien a su verdadero poseedor, don Lino José Daza" y es claro, también que las pretensiones b y c, no son de su resorte resolver, pero como la señalada por el demandante bajo el literal a, sí lo es, sobre esta podrá haber pronunciamiento de fondo y sobre las dos restantes el pronunciamiento deberá ser inhibitorio, sin que, por otra parte, quepa alegar falta de jurisdicción porque corresponde a la contencioso administrativa el conocimiento de un proceso de nulidad y restablecimiento como el incoado por el demandante.

No obstante que como se ha dicho, la Sala no puede pronunciarse sobre las pretensiones b) y c), lo que sí es evidente es que al prosperar, por las razones que adelante se expondrán, la pretensión a), la situación jurídica en relación con la posesión económica del predio, debe regresar a la situación existente en el momento previo a cuando se iniciaron las diligencias de adjudicación.

2. *Carencia e inexistencia de la acción.* La formula el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, así: "Si como está demostrado, la parte actora no logró acreditar la existencia que afirma haber poseído sobre el inmueble adjudicado por la Resolución reclamada, por tanto, es válido considerar como lo solicitó declarar que carece de acción para promover el debate jurídico planteado en este proceso, son pruebas de esta excepción la demanda inicial y sus anexos, teniendo en cuenta su valor legal". (fl. 33).

La deficiente formulación transcrita debería impedir la consideración de esta excepción, sin embargo, haciendo un esfuerzo interpretativo se podría pensar que se alega que es presupuesto de éxito en una demanda como la instaurada que a ella se acompañe prueba de la posesión por parte del demandante del inmueble que el Instituto citado adjudicó a un tercero. Si este es el sentido de lo alegado, bastará decir que la excepcionante anda errada, pues ninguna norma lo establece así.

B) *Excepciones propuestas por la señora María Luisa Cuella de Barrios (la adjudicataria del inmueble).*

1. Falta de competencia del Tribunal Administrativo del César, por el factor territorial. Esta excepción ya fué estudiada y resuelta atrás.

2. Indebida acumulación de acciones. La hace consistir en que "El demandante, en la primera parte del libelo de la demanda, invoca expresamente los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. que consagran claramente y en forma separada las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho.

"En el capítulo de las pretensiones la petición de restablecimiento del derecho está formulada de manera autónoma, separada de la de nulidad del acto acusado. La una no se invoca como consecuencia de la otra. Están debidamente separadas y para que no quepa duda se señalan expresamente las normas que las consagran.

"La acumulación impugnada no es posible, aunque se puedan tramitar ambas acciones bajo una misma cuerda, pues, la acción de nulidad de los actos del INCORA son de competencia del Consejo de Estado en única instancia, de conformidad con el numeral 9 del artículo 138 del C.C.A., mientras que la acción de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos o hechos del INCORA, es de competencia de los tribunales contencioso administrativos, según la cuantía, en única o en primera instancia. Artículos 131 y 132, numerales 9. C.C.A." .(fl. 39)

Aún cuando es verdad que el demandante inicia la demanda diciendo que lo hace" en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en los arts. 84 y 85 del C.C.A. y por los trámites establecidos en el Título XXIV, Libro IV, arts. 206 y ss. ..." no lo es que en el *petitum* el demandante hubiera señalado separadamente las normas que consagran cada una de tales "acciones; por el contrario la única alusión que se hace de ellas fué en la parte transcrita, en el encabezamiento del libelo.

La moderna ciencia procesal se ha preocupado por distinguir los conceptos de acción y pretensión, para atribuir a aquél el derecho de recurrir a la jurisdicción del Estado para obtener la composición de las diferencias

que se tengan con una persona o grupo de personas o para pedir que se inicie una investigación penal. Esa composición o la determinación sobre si se incurrió en un delito, se logra a través del proceso; la pretensión, en cambio se constituye el fin concreto que el demandante, el querellante o el denunciante, o el Estado, a través del juez o del fiscal, en ciertos casos, persiguen con el proceso.

Como explica el mismo tratadista atrás citado, "La pretensión tiene dos elementos esenciales: su objeto y su razón; es decir, lo que se persigue con ella, y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que coinciden con los presupuestos fácticos de la norma jurídica cuya actuación se pide para obtener esos efectos jurídicos. De ahí que en la demanda se exige indicar lo que se pide y los fundamentos de hecho y de derecho de la petición, y que la imputación penal debe fundarse también en los hechos constitutivos de responsabilidad". (Ob.cit.pags.226 y 227).

En relación con los fundamentos de hecho y de derecho de la pretensión existe una diferencia fundamental en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, anota el mismo tratadista pues mientras los primeros deben ser formulados necesariamente por el demandante y vinculan al Juez, con ciertos requisitos y limitaciones, los segundos pueden y deben ser aplicados oficiosamente por el Juez "y por eso su variación no significa la de la pretensión misma ni la del objeto litigioso, por lo cual para que la pretensión prospere basta que el Juez encuentre la conformidad entre su fundamento de hecho y el ordenamiento jurídico, sin que importe que ello se deba a las normas materiales citadas por el demandante o a otras que aquél conoce y aplica oficiosamente..."(En materia contenciosa administrativa, esta Corporación, en relación con proceso de reparación directa, a dicho: "Una demanda que en el acápite destinado a enunciar las pretensiones no califique el régimen jurídico bajo el cual entiende colocarse el actor, no deja de ser una demanda incoada en debida forma y, por tanto, no le es aplicable la inadmisibilidad y rechazo '*in limine*' que consagran los artículos 143 del C.C.A. y 85 del C.P.C. si, de otra parte, el libelo reúne los restantes requisitos prescritos por los artículos 136 y siguientes del C.C.A:: Ello significa, pues, que la calificación jurídica que de la pretensión haga el actor, no es requisito esencial de ésta y, por tanto, mal podría predicarse la incongruencia de la sentencia con relación a elementos que son totalmente extraños a la definición misma de la pretensión. De manera que si se presenta una demanda que, por ejemplo, no define en el capítulo destinado a enlistar las pretensiones el régimen jurídico que el actor considera aplicable pero que en acápites distintos expone los fundamentos de derecho y demás requisitos exigidos por el art.137 del C.C.A: y 75 del C.P.C., no puede remitirse a duda que tal demanda es una demanda en debida forma que, luego de situado el correspondiente proceso y que sin que se observe causal de nulidad alguna que invalide la actuación, obliga al juzgador a proferir sentencia de mérito". (Fallo de 20 de febrero de 1989, Exp.No.4655(97),Actor: Alfonso Sierra Velásquez).

Y si lo anterior puede decirse de la *causa pretendi* con mayor razón debe predicarse de la designación del proceso a través del cual se pretenden las declaraciones buscadas, pues si bien es necesario indicar el procedimiento o clase de proceso que debe seguirse (ordinario, especial, etc.), el Juez no está obligado a seguir un trámite inadecuado y debe darle el que "legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada".(art.86,C. de P.C.).

En el *sub judice* el actor *sí indicó el trámite adecuado*, sólo que dijo ejercitar "la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en los arts.84 y 85 del C.C.A. ...", pero sobre este particular ya desde la vigencia de la ley 167 de 1941 había dicho esta Corporación en caso semejante: "Para el señor Agente del Ministerio Público ha habido en este juicio una indebida acumulación de acciones porque la demanda se ha apoyado, de una parte, en el artículo 66 del C.C.A., consagratorio de la acción de nulidad, y por otra, en el 68 de la misma obra, relacionado con la de simple restablecimiento del derecho quebrantado por una operación administrativa, al tiempo que la relación de hechos y de la súplicas del libelo aparece configurada la de plena jurisdicción. La simultaneidad en el ejercicio de estos medios legales determina, en su concepto, la improcedencia de todos ellos y el insuceso de las acciones combinadas.

"No comparte la Sala este criterio interpretativo de las normas procesales, ceñido estrictamente al rigorismo procedimental. Ciertamente que el actor erró en la cita de las disposiciones legales que podían servir de apoyo a las acciones instauradas, pero la evidencia de esta premisa no puede determinar la consecuencia de orden procesal que se le pretende atribuir. La realización del fenómeno jurídico de la acumulación de acciones no depende de la acertada o errónea enunciación de las normas legales que las consagran, sino de la naturaleza, contenido y fines de la demanda y específicamente de los actos esenciales de postulación, tales como las súplicas del libelo y los hechos generadores del derecho. Entre aquellas y éstas ha de existir una lógica relación de causalidad que, a la vez que determina la índole propia del juicio y las características peculiares de la decisión impetrada, señala la naturaleza, unidad o pluralidad de las acciones. Con este criterio ha de interpretarse el texto de la demanda, y si en él aparece clara la intención de accionar en determinado sentido, sería improcedente, por decir lo menos, atenerse sólo a la cita del articulado legal, corriendo el riesgo de sacrificar el derecho para mantener incólume el imperio de las fórmulas..."(Anales 1960, Tomo 60 bis.,pág.123).

En todo caso, lo que si es cierto es que el actor citó las normas que consideraba violadas y explicó el concepto de la violación, como es de rigor en los procesos de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por las consideraciones que anteceden, la excepción no procede.

3. Falta de causa para pedir por parte del demandante. Según la excepcionante, el actor carece de derecho alguno sobre la finca y "quien ha ejercitado sobre el predio EL HATICO actos propios de dominio en forma pública, pacífica y permanente es aquella (fol. 39).

Así planteada, la excepción en realidad constituye una negación del derecho pretendido por el demandante y quien la alega simplemente está ejercitando su derecho de defensa. Se rechazará, entonces, la excepción propuesta.

Desde antes de la expedición de la ley 200 de 1936 comenzó a marcarse el propósito de preferir para las adjudicaciones de baldíos a quienes los estén explotando con cultivos o ganados.

Así, en la ley 85 de 1920 se dijo (art.3o.) que "La persona establecida en terrenos baldíos con casa de habitación y cultivos, tales como siembras de cacao, café, caña de azúcar y demás plantaciones permanentes o empresas de sementeras de trigo, maíz, arroz, etc., tienen derecho a que se le adjudique gratuitamente lo cultivado y tres tantos más...".

La ley 34 de 1936 confirmó la tendencia y aumentó la extensión máxima adjudicable a quienes con anterioridad a su vigencia estuvieren cultivando los terrenos solicitados en adjudicación (art.12) y estableció que los terrenos que adjudicara la nación a cambio de bonos o títulos de tierras baldías, quedaban sujetos a la condición resolutoria del dominio en caso de no cultivarse por lo menos la mitad de los terrenos correspondientes o no se ocuparan con ganados (art.4o.).

Luego vino la ley 200 de 1936 que no solo estableció la presunción de no ser baldíos los fundos explotados económicamente por particulares (art.1o.) sino que consagró un derecho de adquisición a favor de quienes poseyeran en esa forma (explotación económica) aun cuando fueran vencidos en juicio reivindicatorio (art.4o.) así como una prescripción adquisitiva del dominio de cortísimo plazo a favor de los mismos poseedores (art.12).

En 1946, por la ley 97, implícitamente se ratificó el criterio de preferencia en la adjudicación en favor de quien estuviere cultivando o beneficiando con ganados el baldío que se tratare de adjudicar pues en el artículo 1o. se ordenó que recibida la solicitud de adjudicación dirigida al Ministerio de Economía Nacional, el alcalde del lugar de ubicación del baldío, de oficio debía ordenar la práctica de una inspección destinada a comprobar, entre otros puntos, el "Tiempo de ocupación, naturaleza y estado de los cultivos, de los pastos naturales o artificiales, clase y número de los ganados allí existentes y si hay casa de habitación" y" si dentro de la extensión que se pretende se encuentran o no establecidos colonos o cultivadores *distintos del peticionario*: (art.1o.,la subraya fuera del texto) y en el art.5o. se dijo:" En toda resolución de

adjudicación de terrenos baldíos, se expresará en su parte motiva el tiempo de ocupación que el adjudicatario haya comprobado en la forma establecida en los artículos anteriores".

Para la época de vigencia de la ley, que fué sancionada el 30 de diciembre de 1946, todavía era posible adjudicar baldíos, no sólo a ocupantes o poseedores anteriores sino también a quienes los cambiarán por títulos de deuda pública, pero en este caso continuaba sujeta la adjudicación a condición resolutoria, en el evento de no iniciarse la explotación económica del predio durante los cinco años siguientes. (art.7o.).

Así continuaron las cosas hasta cuando el legislador expidió la ley 135 de 1961)que comenzó a regir el 13 de diciembre de 1961) en virtud de la cual, salvas las excepciones contempladas en ella (a sociedades colectivas o limitadas, art.32; contratos con personas naturales o jurídicas para explotación agrícola o pecuaria que tenga especial importancia para la economía nacional, art.33; para contratos con cooperativas de trabajadores, art.34; para programas especiales de colonización,art.40; y a establecimientos públicos programas de colonización art.40)" no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos sino a favor de personas naturales y por extensiones no mayores de cuatrocientas cincuenta hectáreas (450 has)" y éstas personas debían ser poseedores (en el sentido de la ley 200 de 1936) pues a continuación de lo transcrito, se dijo: "*El peticionario deberá demostrar que tiene* bajo explotación las dos terceras partes al menos de la superficie cuya adjudicación solicita".(art.29).

De acuerdo con el mandato contenido en el artículo 29, en el 35 se prohibió. "Toda nueva emisión de bonos o títulos de baldíos, añadiendo que "si hubiere necesidad de dar cumplimiento a contratos o sentencias en que se ordene la emisión de bonos o títulos de esta clase, la respectiva obligación se cumplirá por el Estado mediante un pago de dinero efectivo..." y se declaró "de utilidad pública la adquisición por el Estado de los bonos o títulos de baldíos que se hallen en circulación...".

Finalmente, en el artículo 38 se expresó que " son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley...".

La ley 30 de 1988 reafirmó la política de adjudicación de baldíos a ocupantes o poseedores y redujo las excepciones a que este principio, enumerándolas en forma taxativa, a fin de no dejar duda alguna sobre el particular. En el artículo 10 se dice: "A partir de la vigencia de la presente ley, no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos sino *por ocupación previa* y en favor de personas naturales o de cooperativas o empresas comunitarias campesinas y por extensiones no mayores de cuatrocientas cincuenta (450) hectáreas por persona o por socio de la empresa comunitaria o cooperativa campesina. No obstante, podrán hacerse adjudicaciones en favor de derecho

público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados revierten al dominio de la Nación.

"La persona que solicite la adjudicación de un baldío por ocupación previa, deberá demostrar que tiene bajo explotación económica las dos terceras partes de la superficie cuya adjudicación solicita...".

Se conservó, además, la sanción de nulidad para las adjudicaciones que se hagan con violación a lo prescrito en la misma ley.

3o. Obsérvese que tanto bajo la vigencia de la ley 35 de 1961, por la cual se rige el caso *sub judice*, como de la ley 30 de 1988, que es la vigente en el momento, tres requisitos esenciales debían y deben ser cumplidos en materia de adjudicación de baldíos, a saber:

1o. Salvo excepciones señaladas en las respectivas leyes, el adjudicatario persona natural tiene que haber sido ocupante del predio que se trate;

2o. Tener bajo la explotación económica por lo menos las dos terceras partes de la superficie cuya adjudicación se solicita.

3o. Quien pide la adjudicación debe demostrar la explotación económica, mencionada.

El concepto de explotación económica está dado desde la ley 200 de 1936; consiste en hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. Esos hechos positivos al mismo tiempo que constituyen la explotación económica implican la posesión, conductiva a la prescripción adquisitiva y, necesariamente, representan la ocupación del terreno.

4o. Finalmente, debe repetirse que una adjudicación hecha sin el lleno de tales requisitos es nula, no solo en virtud del principio general que se encuentra en el artículo 6o. del Código Civil que sanciona en esta forma los actos que se ejecuten contra expresa prohibición de la ley, sino porque el legislador claramente quiso atribuir esa consecuencia en materia de baldíos, según quedó visto con la relación legislativa hecha atrás.

5o. En el *sub judice* aparece que la adjudicación hecha por medio de la Resolución acusada no se efectuó en la forma prescrita pues habiéndose allegado al proceso, por orden del Tribunal *a-quo*, la "copia del proceso de adjudicación de la finca EL HATICO, a doña MARIA LUISA CUELLO DE BARROS, se culminó con la resolución número 00817 de Mayo 30 de 1986 expedida por el INCORA Regional del Cesar"(auto del 22 de febrero

de 1988, al cual se dio cumplimiento, según aparece a folios 72 a 87), resulta que ni la adjudicataria demostró, como le correspondía, la ocupación previa, con explotación económica, ni el Instituto se preocupó por comprobarla.

En la copia de dicho proceso apenas aparece que se dio cumplimiento a dar los avisos de la solicitud y a los colindantes, al Agente del Ministerio Público y al Inspector de Recursos Naturales (fls.63 y 63 vlto), así como a la diligencia de Inspección Judicial prescrita por la ley (art.1o.,Ley 97 de 1946), sin que aparezca ninguna prueba, aportada por la peticionaria o recogida por los funcionarios que practicaron aquella diligencia, tendiente a comprobar dicha ocupación por quien aspiraba a la adjudicación.

No puede afirmarse que la diligencia citada constituya la demostración de la ocupación y consiguiente explotación económica por la peticionaria, porque ella solo demuestra que cuando se realizó se encontró que el inmueble tenía pastos artificiales y naturales, cerramientos en alambre de púas y una edificación, pero no quien había ejecutado los trabajos correspondientes.

En parte alguna el legislador ha establecido que de esa inspección puede presumirse que la explotación económica del baldío se haya realizado por quien solicita la adjudicación; por el contrario, se repite, la ley exige que esa persona la demuestre y más aún, faculta al funcionario actuante para, "dentro de la diligencia, recibir las informaciones sumarias de testigos que él a los interesados consideren necesarias como complemento de la inspección ocular", aparte de que uno de los propósitos de la diligencia es acreditar "el tiempo ocupación". En "Acta de la Diligencia de Inspección Ocular" que obra a fls. 64 y 64 vto., se lee que en el terreno visitado existían pastos artificiales, cerramientos con alambre de púas y una edificación, pero no quien había ejecutado los trabajos correspondientes.

Pero es más, la inspección tiene por objeto comprobar además de la existencia, naturaleza y estado de los cultivos, de los pastos naturales o artificiales, la clase y número de los ganados existentes y si hay casa de habitación, el "Tiempo de ocupación" que el adjudicatario haya comprobado, y es apenas lógico que la simple apreciación visual no indica ese *tiempo de ocupación* que no puede resultar sino de otras pruebas, técnicas o de otra clase (v.gr.documentos, testimonios).

6o. La falta de las pruebas que debía aportar la aspirante a la adjudicación y que el mismo Instituto podía allegar, desvirtúan la presunción de legalidad y veracidad de que goza el acto administrativo de adjudicación, por lo cual, para la Sala, forzosamente debe llevarla a aplicar la sanción de nulidad que al efecto señala expresamente el artículo 38 de la ley 135 de 1961.

A mayor abundamiento debe anotarse que en el curso de este proceso se recibió testimonio al señor Luis Enrique Villar Suárez, uno de los colindantes

del predio adjudicado (ver fls. 63 vlto y 64), quien depuso sobre el hecho de la ocupación previa de dicho inmueble, no por la adjudicataria sino precisamente por el demandante. (fls. 15 y 115 vlto.). Además, a fls. 2 y 2 vto. obra un contrato de arrendamiento, cuyas firmas están debidamente auténticas, relacionado con parte del predio en cuestión, en donde se establece que al canon pactado estará representado por el valor del "desmonte de la tierra" que el arrendatario efectúe para la siembra del algodón, contrato en el cual el señor Plata Súarez actúa como arrendador y que fue celebrado en el año de 1972.

Advierte la Sala que con las citas anteriores no se pretende sentar que el actor tenía o tiene mejor derecho a que si le adjudique el predio, como que ello no puede ser objeto de decisión en este proceso, sino que simplemente se trata de reafirmar que ni la adjudicataria cumplió con su obligación de probar la ocupación anterior (con hechos de explotación económica) ni el Instituto se preocupo por que se estableciera esa circunstancia. Por el contrario, las pruebas referidas indican que el actor había realizado actos de posesión (explotación económica) del predio, o de partes de éste, que fue de adjudicación por medio de la resolución acusada.

La Sala precisa que aquí no es que se vaya contra la presunción de veracidad de que está investido todo acto administrativo, sino que lo que sucede precisamente es que, reconociendo la existencia de ella, se la encuentra desvirtuada porque debiendo existir dentro del expediente administrativo que levantó por mandato de la ley el INCORA no aparece demostrado que se hubiera comprobado el extremo de la ocupación y explotación previa del fondo adjudicado, por parte del adjudicatario, extremo que como se vio constituye uno de los requisitos necesarios para poder adquirir dicha calidad.

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

FALLA:

1o. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la señora María Luisa Cuello de Barros.

2o. Anúlase la Resolución No. 00817 de 30 de mayo de 1986, proferida por el Gerente Regional Cesar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

3o. Ordénase la cancelación del registro de la resolución que se anula, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito correspondiente al municipio de San Juan del Cesar, Departamento de la Guajira.

4o. No hay lugar a pronunciamiento sobre las restantes súplicas de la demanda, por las razones expuestas en los considerandos que preceden.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 23 de agosto de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, Salvó el Voto; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Con Salvamento de Voto; Jorge Valencia Arango*, Conjuez;

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PRINCIPIO DE VERACIDAD (Salvamento de voto)

Todo acto administrativo y el de adjudicación no es excepción, está amparado con dos presunciones: la de legalidad y la de certeza o veracidad. La primera es una carga de alegación, no probatoria; quien impugna y alega la ilegalidad debe afirmarla en la demanda. En la segunda, como el acto se presume ajustado a una realidad fáctica, quien lo impugna tendrá la carga probatoria de demostrar que no se ajusta a esa realidad. En el sub lite la parte actora no sólo debió demostrar que el procedimiento de adjudicación se hizo irregularmente, sino que el adjudicatario no reunía las condiciones para obtener ese derecho.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES CARLOS BETANCUR JARAMILLO, JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

Consejero Ponente : *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia Proceso Nro. 5582 - Incora. Actor : Lino José Plata Suárez

Con todo respeto nos separamos de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en su fallo de 24 de agosto de 1.990. Son razones para ello:

1) La sentencia cuestionada, en su parte resolutiva, da la impresión de ser decisión de única instancia, ya que no hizo lo que debió hacer: revocar el proveído de primera instancia de 12 de octubre de 1.988 y hacer los

pronunciamientos de fondo.

En otras palabras, dejó viva la sentencia del tribunal administrativo del Cesar.

2) Cuando el fallo de primera instancia es inhibitorio y apela el actor, podrá el superior fallar de fondo aún cuando fuere desfavorable al apelante. Esta idea la veníamos insinuando de tiempo atrás y fue concretada legislativamente en el decreto 2282 de 1.989 en su artículo 357 (numeral 175).

3) A folios 15 del fallo existe el siguiente párrafo, que se presta a equívocos. Dice así:

> "No obstante que como se ha dicho, la Sala no puede pronunciarse sobre las pretensiones b) y c), lo que sí es evidente es que al prosperar, por las razones que adelante se expondrán, la pretensión a), la situación jurídica en relación con la posesión económica del predio, debe regresar a la situación existente en el momento previo a cuando se iniciaron las diligencias de adjudicación".

Como se lee aunque se acepta que no puede haber pronunciamiento sobre las pretensiones b y c, si lo hace contradictoriamente, al afirmar que la situación jurídica en relación con la posesión *del predio debe regresar a la situación existente en el momento previo a cuando se iniciaron las diligencias de adjudicación.* Si podía la sala afirmar ésto, debió pronunciarse. Si no podía (y esto es así), debió dejar esa definición al juez ordinario.

4) Todo acto administrativo y el de adjudicación no es excepción, está amparado con dos presunciones: la de legalidad y la de certeza o veracidad. La primera es una carga de alegación, no probatoria. Quien impugna y alega la ilegalidad debe afirmarla en la demanda. Cuando se trata de acción impugnatoria de un acto administrativo esa carga procesal implica el señalamiento de las normas violadas y la explicación del concepto de la infracción (artículo 137 numeral 4). En las demás acciones bastará dar el fundamento del derecho, por cuanto al principio iura novit curia operará en su integridad.

En el primer evento, el Juez administrativo no podrá fallar sino con apoyo en las normas citadas en la demanda, porque éste no ejerce un control general de legalidad.

En cambio, la presunción de certeza o veracidad tiene dentro del proceso un tratamiento diferente. Como el acto se presume ajustado a una realidad fáctica, quien lo impugna tendrá la carga probatoria de demostrar que no se ajusta a esa realidad, bien porque se falsearon los supuestos, o porque éstos

no se dieron, o porque no permitían la decisión que se tomó. Si falla esa carga probatoria, la sentencia tendrá que ser denegatoria y algo por el estilo ocurrió aquí. La parte actora no sólo debió demostrar que el procedimiento de adjudicación se hizo irregularmente, sino que el adjudicatorio no reunía las condiciones para obtener ese derecho. Y las pruebas, seriamente deficientes, no otorgan la certeza suficiente para desvirtuar la presunción aludida.

Además, existe un serio problema de identificación en los predios. No se probó adecuadamente que el reclamado por el actor sea el mismo adjudicado a la señora María Luisa Cuello de B.

Por lo expuesto, debió revocarse el fallo de primera instancia para, en su ligar, denegar las súplicas de la demanda.

Con todo respeto

CARLOS BETANCUR JARAMILLO JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Bogotá, D.E. Septiembre 20 de 1990

CONDENA EN ABSTRACTO

En el proceso contencioso administrativo no ha desaparecido la posibilidad de hacer la condena en abstracto, pues el Gobierno sólo estaba facultado para reformar el Código de Procedimiento Civil, y con la autorización legal, para este fin concreto, no podía invadir otros estatutos como el C.C.A. Para las condenas que en abstracto se hagan a partir de junio 1/90, se deberá dar entrada al trámite incidental autorizado en los artículos 135, 136 y 137 del C.P.C., sensiblemente iguales en su alcance a los que establecía en artículo 308 del estatuto civil reformado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No 5760 Actor : Sociedad G. Rodríguez Y Cía.

Demandado: Fondo Rotatorio de Aduanas.

I

El apoderado de la parte actora, dentro del proceso del rubro, solicitó, en escrito visible a folio 400 y siguientes del cuaderno Nro. 1, que se dicte

sentencia complementaria, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 308 del C. de P. Civil, modificado por el artículo 1º, num 138 del Decreto-Ley 2282 de 1.989. Fundamenta su solicitud con apoyo en las siguientes consideraciones:

"I. El art. 308 del C. de P. C., en la forma como quedó después de su modificación o subrogación por el art, 1º., num. 138, del decreto ley 2288 de 1989, preceptúa:

"Adición de la condena en concreto. Si no se hiciere en la sentencia la condena en concreto, la parte favorecida podrá solicitar dentro del término de su ejecutoria, que se pronuncie sentencia complementaria, caso en el cual el Juez aplicará la segunda parte del inciso primero del artículo 307...".

"II. En el presente caso, tanto el Juez a -quo como esa H. Corporación como juez *ad-quem*, dictaron sentencia imponiendo la condena en abstracto, por haberse desechado el dictamen pericial producido en la primera instancia.

"III. Al dictar la sentencia de mayo 17 del presente año, por esa H. Sección Tercera, aún regía el artículo 308 que establecía: "Dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que imponga la condena in genere, o de la notificación del auto que ordene cumplir lo resuelto por el superior, la parte favorecida deberá presentar por escrito, dentro del mismo proceso, una liquidación motivada y especificada de la cuantía de la respectiva prestación, con solicitud de pruebas que pretende hacer valer".

"IV. Empero, al notificarse y quedar ejecutoriada, en el día de hoy, la sentencia de mayo 17 de 1.989, a que me vengo refiriendo, ya se encuentra en vigencia el num. 138 del art. 1º del decreto ley 2282 de 1.989, que establece un procedimiento diferente, como es el de la sentencia complementaria que adicione la condena que no se pudo hacer en concreto, por cualquier causa o razón, y esa disposición por ser de orden público es de aplicación inmediata, salvo mejor concepto de esa H. Corporación con base en al cual llegará a la conclusión de que la condena en abstracto debe liquidarla en la forma prevista en la norma vigente en el momento de su expedición, o sea, que dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que impuso la condena in genere, o de la notificación del auto que ordene cumplir lo resuelto por el superior, la parte que represento, presente por escrito, dentro del mismo proceso, una liquidación motivada y especificada de la cuantía de la respectiva prestación, lo cual debe hacerse ante al juez a-quo.

"V. Para el evento, de que esa H. Corporación considere que la situación planteada en este proceso, se rige por la disposición nueva, o sea, por el num. 138 del artículo 1º. del decreto ley 2282 de 1.989, modificatorio del art. 308 del C. de P. C., formulo muy respetuosamente la solicitud de sentencia complementaria, para lo cual debe darse aplicación, como esta norma lo ordena, a la segunda parte del inciso primero del artículo precedente, es decir, el artículo 307 del C. de P. C., que dice: "...Cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin. (folio 400 y 401 Cdno No. 1).

Para resolver se,

CONSIDERA:

A) El artículo 172 del C.C. Administrativo dispone que: " La condena al pago de frutos , intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en el artículo 178 de este código y 308 del de Procedimiento Civil".

Con apoyo en la normatividad anterior, la sala dispuso, en la sentencia calendada el día diecisiete (17) de Mayo de mil novecientos noventa (1.990), que se determinara el monto de la condena a través del trámite incidental contemplado en el artículo 308 C. de P. Civil, norma esta última que para ese momento en el tiempo físico no había sido modificada.

B) La realidad anterior explica bien la causa, motivo o razón por la cual no es del caso dictar sentencia complementaria, pues lo dispuesto en el Decreto No 2282, sólo empezó a regir a partir del primero (1º.) de junio de 1.990. El sentenciador no estaba obligado, pues, a aplicar, una normatividad inexistente en el momento en que se profirió el fallo.

C) Para darle fuerza de convicción al proveído, la sala destaca que en el proceso contencioso administrativo no ha desaparecido la posibilidad de hacer la condena en abstracto, pues el Gobierno sólo estaba facultado para reformar el Código de Procedimiento Civil, y con la autorización legal, para este fin concreto, no podía invadir otros estatutos como el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1.984). Se anticipa sí, que para las condenas que en abstracto se hagan a partir del primero (1º.) de junio de mil novecientos noventa (1.990), se deberá dar entrada al trámite incidental autorizado en los artículos 135, 136 y 137 del C. de P. Civil, sensiblemente iguales en su alcance a lo que se establecía en artículo 308 del estatuto civil reformado.

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:

DENIEGASE la solicitud de sentencia complementaria, dentro del proceso del rubro, por las razones que se dejan expuesta en los considerandos de éste proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Arturo Mora Villate, Secretario.

RECURSO DE APELACION- Sustentación. **PRINCIPIO DE EFICACIA**

No obstante la deficiente sustentación del recurso, al ad quem se le plantea un situación suficiente para definirla en derecho, sin que pueda exigírsele al impugnante que vaya más allá de donde quiso ir. En esta materia el sentenciador debe manejar más el derecho que la ley, tarea que se le facilita con la aplicación de los principios generales que se recogen en el artículo 3º del C. C. A., entre ellos el de la eficacia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente Nº.6231 Actor : Sociedad Minaba C.A.

El apoderado del Instituto de Desarrollo -IDU-, dentro del proceso de rubro, interpuso , en el momento procesal oportuno, recurso de REPOSICION contra el auto calendado el día doce (12) de julio pasado, por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra el proveído de veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa (1.990), originario del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Para sustentar su impugnación, discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"Considero Señores Magistrados, que el Recurso debe declararse desierto, por cuanto no fue sustentado en debida forma al tenor de nuestras normas procedimentales, como paso a demostrarlo.

"Sustentar dice el Diccionario de la Real Academia Española es "Defender o sostener determinada opinión".

"En el caso en comento, el Señor Apoderado de la Sociedad actora, remite a esa H. Corporación a memoriales presentados con anterioridad, no expone dentro de término los motivos por los cuales considera la providencia, no acoge la normatividad jurídica, requisitos indispensables para que el juzgador de Segunda Instancia, pueda entrar a resolver.

"El tratadista Hernán Fabio López Blanco, en su obra "Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano" parte general, página 406, al referirse al tema de sustentación del Recurso de Reposición, cuando solo éste requería motivación, expuso:

"... de ahí que sea requisito necesario para su viabilidad además de los estudiados, que se motive el recurso, esto es, que por escrito se le expongan al juez las razones por las cuales su providencia está errada, a fin de que proceda a modificarla o revocarla, por cuanto es evidente, si el juez no tiene esa base del escrito, le será difícil, por no decir imposible, entrar a resolver. Además, de no exigir la motivación y considerar suficiente solo la manifestación de que se interpone el recurso para estimarlo procedente, colocaría al Juez en posición incierta, vale decir, en la de adivinar cuál fue el pensamiento del recurrente cuando interpuso la reposición, y no hay duda que mal se le podría encomendar tal labor al funcionario, puesto que, en sus providencias, este no puede trabajar con hipótesis aventuradas.

"Por consiguiente, si se interpone recurso de reposición y no se fundamenta, el juez debe rechazar su trámite, pues carecería de la base más elemental para proceder a resolverlo".

"El proceso como tal entraña una serie de etapas, donde es natural que se generen situaciones nuevas que deberán plantearse a lo largo del Proceso, no es de recibo, en consecuencia, que puedan aducirse situaciones ya resueltas y en firme, que constituyen Ley del Proceso, para motivar el ataque a una decisión judicial. Más en este caso, cuando la nulidad decretada resulta de bulto y no requiere aún trámite alguno sino su decreto, de oficio, como en diversas providencias lo ha considerado esa H. corporación.

"Si por el Señor Apoderado de la parte actora no se cumplió con uno de los requisitos del Recurso, como era sustentarlo, deberá declararse desierto y así solicito de esa H. Ponencia, se declare al revocar el auto de fecha julio 12 de 1.990 y en su lugar ordenar la deserción del Recurso de Apelación." (Folios 80 a 82 Cdno No.1).

Para resolver,

SE CONSIDERA:

a) Es verdad que el apoderado de la Sociedad MINABA C.A., en el escrito que obra a folios 74 y siguientes del cuaderno Nro. 1, al sustentar el recurso de apelación se limita a decir:

"III- RAZON DE INCONFORMIDAD

En distintas oportunidades expuse al H. Tribunal Contencioso Administrativo las distintas nulidades que existen en el conflicto de jurisdicción surtido (sic) en dicho Tribunal y en el pronunciamiento del Tribunal Disciplinario sin que hubiese un pronunciamiento al respecto imponiéndose la necesidad de que el Consejo de Estado revise esta situación creada". No obstante la realidad anterior, el Consejero conductor del proceso considera que, a través de la literatura anterior, se le plantea al *ad-quem* una situación suficiente para definirla en derecho, sin que pueda exigírsele al impugnante que vaya más allá de donde quiso ir. En esta materia el sentenciador debe manejar más el derecho que la Ley, tarea que se facilita con la aplicación de los principios generales que se recogen en el artículo 3o. del C.C. Administrativo, entre ellos el de la EFICACIA, que ordena tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, tarea que debe llevar a cabo el fallador removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.

B) Para darle fuerza de convicción al proveído, la Sala Unitaria desea destacar que en los tiempos que corren se impone humanizar el proceso, descomplicarlo, esto es, no crear dificultades para las soluciones sino soluciones para las dificultades. Por ello en la convocatoria del primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Gante en 1.977, se leía:

> "En una sociedad cada vez más compleja, el derecho procesal debe funcionar de una manera más accesible, humana, rápida y eficaz, para que todo ciudadano pueda valer sus derechos. En todo el mundo se están haciendo últimamente esfuerzos para conseguir este objetivo.".

Una efectiva tutela jurisdiccional exige, como lo enseña el Profesor Jesús González Pérez, "...que todo aquel que cree tener derecho a algo pueda acudir a un órgano estatal que le atienda, verificando su razón y, en su caso, haciendo ejecutivo el derecho.

"El derecho a la efectividad de la Tutela Jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del

Estado de Derecho. *La organización del Poder Público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer...."*(El proceso a la Tutela Jurisdiccional. Editorial Civitas, pag. 22).

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

RESUELVE:

NO REPONER el auto calendado el día doce (12) de Julio de mil novecientos noventa (1.990), por medio del cual se admitió el recurso de apelación.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Julio César Uribe Acosta;

Arturo Mora Villate, Secretario

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Integración. **REQUERIMIENTO DE ARBITROS. CONSEJO DE ESTADO.** - Funciones.

En materia de designación de árbitros, cuando las partes no se ponen de acuerdo para su nombramiento, el Consejo de Estado es el competente para hacerlo en tratándose de arbitramentos que tengan su causa en cláusula compromisoria pactada en contratos administrativos.

La competencia del Consejo de Estado se sostiene con base en el artículo 128-16 del C. C. A. que consagra una cláusula general de competencia del Consejo en función de la materia, para procesos de carácter administrativo y lo son todas aquellas contenciones en las cuales una de la partes esté constituida por un organismo de la Administración Pública.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente Nº.5762 Actor: Consorcio Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. A.I.A.S.A. y otros.

Conoce la sala del recurso de anulación interpuesto por el Fondo Aeronáutico Nacional contra el Laudo Arbitral del 28 de febrero de 1.989.

I. - ANTECEDENTES:

1º Las sociedades Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., A.I.A.S.A. y Conconcreto Ingenieros Civiles S.A. CONCONCRETO S.A., celebraron con el Fondo Aeronáutico Nacional el 1o de abril de 1.982 un contrato que se distinguió con el No 3660, en el cual se pactó cláusula de caducidad y cláusula compromisoria.

2º Las sociedades contratistas solicitaron al juzgado Civil del Circuito de Bogotá (Reparto) que se requiriera a la otra parte contratante para que se designara los árbitros para la integración de un Tribunal de Arbitramento que definiera algunas diferencias presentadas entre las partes de aquel contrato y que nombrara los árbitros, en caso de no hacerlo las partes.

3º La solicitud fué despachada favorablemente por el juzgado del conocimiento (fl. 37, C.3) y contra esta decisión recurrió el Fondo Aeronáutico Nacional a fin de que fuera revocada porque en su concepto las diferencias alegadas tenían relación con un contrato determinado y liquidado.

4º El juzgado consideró que no era competente para decidir sobre las pretensiones de las partes porque "en el supuesto de que no fuese procedente el arbitramento tendría que abocar la controversia sobre el contrato en que (sic) se de lo dispuesto en el numeral 8o del art. 132 del Código Contencioso Administrativo, en razón de que en tal contrato se pactó expresamente la cláusula de caducidad" por lo cual profirió decisión inhibitoria.

5º La parte demandante, a su vez, recurrió contra esta decisión pidiendo su revocatoria pues, en su opinión, estando ligadas las partes por un contrato administrativo o uno de derecho privado con cláusula de caducidad y habiendo derogado "la jurisdicción normal" a través de cláusula compromisoria "no les cabe otra posibilidad que la de nombrar los árbitros de común acuerdo o acudir al juez para que éste los nombre", llegando hasta aquí la competencia de éste, pues de ahí en adelante la competencia para conocer o no de la diferencias alegadas la debe decidir el propio Tribunal de Arbitramento, según lo prescrito por el art. 2019 ordinal 1o del Código de Comercio, "norma idéntica a la del artículo 671 del C. de P.C." Agregó que si lo que ocurría era que el Juez del Circuito "simplemente está diciendo que no es competente para requerir a las partes o para, en últimas, designar a los árbitros", aun cuando él, el recurrente, consideraba que si lo era, entonces debía remitir la solicitud "al que estime competente, tal como lo dispone el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil" (fls. 95 a 97, C.3).

EL FONDO AERONAUTICO NACIONAL replicó que el Juez del Circuito se había declarado inhibido para conocer del proceso por carecer de competencia "ya que el contrato es netamente administrativo con cláusula de caducidad y de conformidad con lo previsto en el Código Contencioso

Administrativo (Decreto 01 de 1984) Artículo 132 numeral 8, es a la justicia administrativa a la que compete dirimir los conflictos derivados de contratos administrativos" y luego de repetir su argumentación sobre no procedencia del arbitramento por estar vencido el término de ejecución del contrato y liquidado el mismo expresó que "en el asunto *sub judice* no cabe duda que es a la justicia contenciosa administrativa a quien corresponde decidir en el presente caso, por las razones ya conocidas". (fls. 98 y 99, C.3).

6º. El Juzgador advirtiendo que carecía de competencia para conocer del caso resolvió remitir "la actuación al H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, para los fines legales consiguientes en obedecimiento al artículo 140 del Código de Procedimiento Civil". (fls. 100 a 105, C.3).

El citado Tribunal a su vez decidió que "puesto que el contrato que dio origen a la controversia para la cual solicita la parte de la referencia designación de árbitros, se desarrolló en la ciudad de Medellín, por competencia remítase al Tribunal Administrativo de Antioquia el proceso" (fl. 109, C.3). Ninguna de las partes recurrió contra esta determinación.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, a su turno, estimó que la competencia para resolver del asunto correspondía al Consejo de Estado, por lo cual se declaró incompetente y ordenó remitir el expediente a esta Corporación, (fls. 111 a 119, C.3), la que por intermedio de la Sección Tercera de su Sala de lo Contencioso Administrativo, avocó el conocimiento y fijó fecha y hora para la audiencia pública correspondiente (fl. 120, C.3), durante la cual las partes "no lograron acuerdo sobre la designación de árbitros", (fl. 123, C.3) por lo que procedió a nombrarlos. (fl. 124, C.3).

Los árbitros así elegidos aceptaron el cargo, el tribunal se instaló y luego de la tramitación de rigor profirió el laudo que ahora es objeto de recurso de anulación.

7º. Con fecha 9 de marzo del mismo año la apoderada especial del Fondo Aeronáutico Nacional interpuso recurso de anulación contra el laudo, recurso que fue sustentado dentro del término legal.

El recurso se fundamenta en la causal segunda de los arts. 2020 del Código de Comercio y 672 del Código de Procedimiento Civil pues se sostiene que el Consejo de Estado "no podía nombrar los árbitros porque carecía de jurisdicción", lo que apoya en los siguientes argumentos:

a) "El artículo 76 del Decreto 222 de 1.983 al regular la cláusula compromisoria en los contratos administrativos, establece en su inciso 2, que los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho".

El citado código en su art. 2013 "señala que si no hubiere acuerdo de la designación, en el mismo acto EL JUEZ designará los árbitros" y el art. 665 del C. de P.C., "en forma genérica también dice que la designación corresponde al JUEZ".

Las dos normas citadas en último término se refieren al juez del circuito y a este es a quien se refiere también el art. 76 del Decreto 222 de 1.983 pues se remitió al Código de Comercio.

b) El art. 12 del C. de P.C. establece que corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuído por la ley a otras jurisdicciones y no puede entonces decirse que exista un vacío en esta materia, lo que confirma el artículo 16 numeral 12 del mismo código.

c) La regulación que del arbitramento hace el Código de Comercio es igual a la hecha por el Código de Procedimiento Civil, por lo que debe entenderse que cuando el primero se refiere a Jueces, está hablando de Juez Civil del Circuito.

d) El Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al resolver el recurso de anulación del laudo arbitral de fecha 26 de abril de 1.988, dentro del expediente No S-071, recurrente Empocundi Ltda y Carlos José Rubiano B, en sentencia del 7 de marzo de 1.989, reconoció que no existe norma alguna que le señale competencia al Consejo de Estado para el trámite de requerimiento y de nombramiento de árbitros.

La libelista expresa, además: "Aunque no como causal de nulidad que no está expresamente señalada en el artículo 2020 del Código de Comercio, quiero resaltar que el contrato objeto del Tribunal de Arbitramento, celebrado en 1.982 caducó en 1.984 o a más tardar en 1985 ateniéndonos a la legislación anterior contenciosa administrativa. Así si el contrato caducó mal se podía pretender hacer efectiva la cláusula compromisoria" y añade que "inclusive la acción de convocar un Tribunal de Arbitramento tiene un tiempo límite que en derecho se llama caducidad de la acción, y esta no puede ser otra que la caducidad del contrato administrativo". (fls. 4 a 10, C.1).

8º. Quienes fueron la otra parte dentro del proceso arbitral dentro del término legal manifestaron que en su concepto el Tribunal se constituyó en legal forma porque:

a) "Como lo anotó el H. Tribunal Administrativo de Antioquia, existe un vacío legal en lo que al respecto el funcionario o corporación a quien corresponde el nombramiento de los árbitros cuando las partes no se ponen de acuerdo para efectuarlo, vacío que no es posible llenar por procedimiento distinto al de la aplicación del principio interpretativo de la intención del legislador que, lógicamente, es la de que todos los asuntos relativos a la

administración Publica (sic) sean del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa".

b) "El debate sobre si ésta facultad (que no competencia) corresponde a un Juez del Circuito o al Consejo de Estado es intrascendente y puede conducir a conflictos sin sentido alguno para el derecho. Lo que interesa realmente es que la voluntad de las partes en el sentido de derogar la Jurisdicción extraordinaria (sic) y de atribuirle competencia a la Jurisdicción Ordinaria (sic) debe prevalecer. La palabra Juez es de contenido genérico y comprende tanto a los Jueces individuales como a los Jueces plurales. El Consejo de Estado es también un Juez y desde el punto de vista Jerárquico (sic), es un Juez más importante que el Juez del Circuito; pero ambos tiene la misma majestad. Lo que importa también, es que en cualquier proceso Judicial; incluído el arbitral, no se menoscabe el derecho de defensa de las partes; que el artículo 26 de la Constitución Nacional opere plenamente".

Se pregunta, entonces el libelista "en qué se menoscaba el derecho de defensa del Fondo Aeronáutico Nacional por el hecho de que los árbitros fueron nombrados por el Consejo de Estado y no por el Juez de Circuito? Pero suponiendo que dicho derecho se menoscaba por qué no se alegó? Semejante conducta constituye la deslealtad procesal más terrible; "Si me va bien me callo, pero si me va mal hablo". Y deslealtad igualmente para con la administración de Justicia (sic) porque se permite que ella actúe en forma espúrea o inane". Agrega que "fue por eso por lo que el Decreto Ley 222 de 1989, vigente desde el 7 de octubre, dispuso que la causal de anulación en comento solo es de recibo si ha sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite."

c) "Pero nuestro caso es aún más aberrante, por cuanto la Aeronáutica también alegó que el Juez de Circuito tampoco era competente" y recuerda que en un principio él pidió a este Juez que designara los árbitros y éste así lo ordenó y que "la Aeronáutica recurrió del auto el que fue revocado" y agrega "Yo recurrí y le dije al señor Juez que si su decisión final era la de que carecía de competencia para nombrar los árbitros, pues entonces remitiera mi solicitud al Juez que consideraba competente... y el señor Juez así lo hizo. Por manera que el Fondo Aeronáutico Nacional es la causa determinante de que los árbitros hubiesen sido designados por la jurisdicción contencioso administrativa. Su comportamiento determinó la decisión del señor Juez, quien en otras circunstancias, hubiera procedido como lo había decidido cuando atendió mi solicitud y ahora se presenta el Fondo a pedir una presunta nulidad de la cual es responsable". Enseguida entre paréntesis, transcribe el texto de inciso primero del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina".

d) "Un ordenamiento Jurídico (sic) no puede concebirse con una indeterminación tal que le permita a las partes jugar con el resultado del laudo. Mientras la Jurisprudencia (sic), sea uniforme a la ley precise, las designaciones hechas por el Juez de circuito o por el Consejo de Estado, deben mantenerse como válidas. Lo importante en este episodio es la administración de Justicia (sic), aplicada por la Jurisdicción que era la competente, o sea la arbitral o excepcional, ante la cual las partes tuvieron todas las oportunidades para hacer valer sus derechos...".

c) Para terminar, el opositor alega en su favor "el principio de convalidación, adoptado por el Código de Procedimiento Civil como regulador básico de las nulidades, según pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia (sentencia de diciembre 5 de 1975), "la nulidad desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio". (fls. 37 y 38, C.1).

9º. Por su parte, la Fiscal 2o de la Corporación considera que debe prosperar el recurso porque para ella, con apoyo en providencia del 18 de agosto de 1.988, de la cual fué autor el H. Consejero Antonio de Irisarri Restrepo, "son los Jueces civiles del circuito del lugar donde debe adelantarse o sea adelante el proceso arbitral, los llamados por la Ley a conocer de todos los asuntos que de conformidad con el Titulo III del Libro Sexto de Comercio se reservan a los "Jueces", con la única excepción de los recurso de anulación interpuestos contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos administrativos o de derecho privado de la administración en que se haya incluído la cláusula de caducidad, cuyo conocimiento privativo está atribuido en única instancia al Consejo de Estado, de conformidad con el numeral 12 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto Ley número 1 de 1.984, precepto que, en esta materia, tan solo modificó lo que respecto de la competencia para conocer de tales recursos disponía tanto el Inciso 2o del artículo 2024 del Código de Comercio como el Inciso 2o del artículo 676 del Código de Procedimiento Civil".

En su opinión, además, "Desde el punto de vista práctico surge otro inconveniente, pues como se puede comprobar con el presente caso, la circunstancia de nombrar los árbitros que integran el Tribunal de arbitramento acarrea un impedimento para conocer del laudo que ese Tribunal profiera".

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1º Durante mucho tiempo esta Corporación ha considerado que en materia de designación de árbitros, cuando las partes no se ponen de acuerdo para su nombramiento, ella es la competente para hacerlo en tratándose de arbitramentos que tengan su causa en cláusula compromisoria pactada en contratos administrativos.

Esta Jurisprudencia ha sido constante, bien que en dos oportunidades el acto procesal en donde se tomó la correspondiente determinación tuvo salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala; en un caso, quien así procedió fué el H. Consejero Irisarri Restrepo y en el otro el H. Consejero Ramírez Arcila. Para quienes salvaron su voto: (Exp. No 4971 (202), Anales Segundo Semestre 1.986, pág. 853 y ss.; Exp. 5457. Libro Copiador Secretaria No), el Juez ente el cual cabe formular el requerimiento de que trataban los incisos terceros del artículo 665 del Código de Procedimiento Civil y 2013 del Código de Comercio, aun tratándose de contratos administrativos, "no es otro que el JUEZ DE CIRCUITO EN LO CIVIL del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral que deba desarrollarse en virtud de cláusula compromisoria". (Del salvamento de voto del auto proferido dentro del Expediente 4971).

La parte actora en su demanda de nulidad del laudo dijo apoyarse en Jurisprudencia de esta Corporación y el efecto dijo: Es muy poca la que tenemos pero de reciente data.

"El Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al resolver el recurso de anulación Laudo Arbitral de fecha 26 de abril de 1.988, dentro del Expediente No S-071, recurrentes EMPOCUNDI LTDA. y CARLOS JOSE RUBIANO B., en sentencia del 7 de marzo de 1.989 al estudiar la nulidad que observaba la Fiscalía de no haberse integrado el Tribunal conforme al Contrato si no que (sic) se acudió al Juez Civil para que hiciera el nombramiento de los tres árbitros, la Sala con ponencia del Doctor Carlos Ramírez Arcila sobre esta nulidad sentencio: "Respecto de esta segunda nulidad, tampoco se fundamentó en ninguna disposición legal *y en verdad no podía citarse norma alguna que señale competencia al Consejo de Estado para el trámite de requerimientos y de nombramiento de árbitros* de cuyos laudos, sí tiene competencia para conocer el recurso de anulación por disposición expresa del artículo 128 numeral 12 del C.C.A.".(Subrayo)".

Lo anterior es cierto pero se le olvidó al demandante, con cierta falta de lealtad, indicar porqué la Corporación no aceptó declarar la nulidad alegada por la Fiscalía, ya que en cuanto este aspecto, la razón que el fallo (que tiene fecha del 7 de marzo de 1.989) da la explicó así, a continuación inmediata de lo transcrito por aquél: "Nuevamente, se repite, las nulidades son taxativas, y el no estar de acuerdo con Jurisprudencia anterior, en ningún caso es causal de nulidad".

Más adelante se verá porque razón estuvo acertada la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en su dicho. Pero antes parece útil explicar que la Jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido ni arbitraria ni inconsulta.

La Corporación ha afirmado su competencia para el requerimiento y la designación de árbitros, con base, fundamentalmente, en las siguientes consideraciones:

A) No existe norma alguna que expresamente confíe a la Jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento del requerimiento y la designación de árbitros, cuando se trata de cláusula compromisoria pactada en un contrato administrativo y las partes no se han puesto de acuerdo para nombrarlos.

B) Tanto el estatuto mercantil como el procesal civil preceptúan que cuando quiera una cláusula compromisoria guarde silencio sobre el nombramiento de árbitros, las partes deberán hacer la designación correspondiente poniéndose de acuerdo y si tal acuerdo no fuere posible, cualquiera de ellas podrá acudir "al juez" a fin de que éste requiera a las otras para hacer el nombramiento o para que, si se reúnen los requisitos que la ley prescribe y alguna de las partes no concurriere o en caso de que, asistiendo, no se pusieren de acuerdo respecto de la designación, sea "el juez" quien en el mismo acto designe los árbitros (C.P.C., art. 665, Inc. 3º y 4º; C. de Co., art.. 2013, inc. 3- y 4 º).

C) El artículo 76 del Decreto 222 de 1.983, estatuto orgánico de la contratación administrativo expresa que "los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será en derecho".

D) Antes de la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de enero de 1.984) podía argumentarse que era el Juez del Circuito del lugar donde debía adelantarse el proceso arbitral el competente para definir los aspectos relacionados con la integración del Tribunal de Arbitramento, pero a partir de entonces esa competencia es del Consejo de Estado en relación con contratos administrativos en los que se hubiere pactado cláusula compromisoria.

E) En el numeral 16 del artículo 128 se consagró una cláusula general de competencia del Consejo de Estado, que es el Juez de derecho común de lo contencioso administrativo.

F) Todo litigio o diferencia que haga relación con un contrato administrativo es de competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa y tiene que ser definida por ella y en lo que no exista expresa definición legal de competencia, el competente será el Consejo de Estado de acuerdo con la cláusula general citada.

La intención del legislador, elemento importante de interpretación, no deja duda sobre este particular pues como lo expresó uno de los miembros de la "Comisión Asesora para la reforma del Código Contencioso Administrativo", el Dr. Jorge Valencia Arango y como consta en las Actas de las reuniones de aquélla y concretamente en la No 5, "No se justificaría que el Legislador creara una Jurisdicción para conocer de los juicios contractuales administrativos y le permitiera repartirse esa competencia con la justicia ordinaria, mediante la cláusula compromisoria" (Antecedentes del

Código Contencioso Administrativo, Colección Bibliográfica Banco de la República, Tomo II. pág. 1350 y ss.).

2º Los H. Consejeros de Irisarri Restrepo y Ramírez Arcila, en cambio, piensan que la competencia, en la materia, reside en el Juez del Circuito del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral en virtud de la expresa mención que a él hacen los artículos 676 del C. de P.C. y 2013, 2014 y 2024 del C. de Co.

En el salvamento de voto primero de los citados Consejeros se agregó: "Podría replicarse, con apoyo en el texto del numeral 8o del artículo 132 del nuevo C.C.A. que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para decidir la solicitud de que se trata, pues esa norma asigna a los Tribunales Administrativos el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluído la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de dos millones de pesos, cifra que el artículo 1o (letra f) del Decreto No 3867 de 1985 elevó a la cantidad de dos millones ochocientos mil pesos ($2.800.000.oo).

"El argumento, es, sin embargo, más aparente que real y carece de consistencia si se considera, según es forzoso hacerlo cuando la ley se interpreta como un todo armónico, que la norma en comentario se refiere a los procesos atinentes a contratos administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la administración en que se haya pactado la cláusula exorbitante de caducidad..." y añadió: "La petición enderezada a que se señale día, fecha y hora, para que en audiencia pública las partes de un contrato designen las personas que deban integrar un Tribunal de Arbitramento que zanje las controversias surgidas entre los contratantes y susceptibles de ser dirimidas arbitralmente o, para que en su defecto tales personas sean designadas Judicialmente, no es un "proceso" propiamente hablando, ni con ella se persigue... ningún pronunciamiento de la Jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la existencia, validez o invalidez de un contrato (de aquella especie) en el cual se haya incluído la cláusula de caducidad, ni aspira a que se revise el contrato, ni a que se declare su incumplimiento, pues que llegado el caso, uno o varios de esos temas constituirían, justamente, la materia litigiosa a resolver por el Tribunal Arbitral que se constituye..."

3º Aun cuando por lo que se expondrá más adelante este no es el soporte principal de la decisión que se aceptará, podría observarse en relación con la segunda tesis, que:

a) La competencia del Consejo de Estado no se sostiene en virtud de lo contemplado por el artículo 132 del C.C.A., entre otras razones porque éste se refiere a la de los Tribunales Administrativos, sino con base en el artículo

128-16 ib. según lo dicho, que consagra una cláusula general de competencia al Consejo en función de la materia, para procesos de carácter administrativo y lo son todas aquellas contenciones en las cuales una de las partes esté constituída por un organismo de la Administración Pública.

b) El trámite del requerimiento para el nombramiento de árbitros y su designación misma constituye un verdadero proceso entendido éste en su acepción técnica de actividad encaminada a la formación de una providencia Jurisdiccional, para emplear palabras de Enrico Redenti (Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág 87, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1957), o como "la serie de actividades que se deben llevar a cabo para obtener las providencias Jurisdiccionales", en las voces de Piero Calamandrei (Instituciones de Derecho Procesal Civil, pág. 242, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1943).

En España, la Ley denomina este recurso a la Jurisdicción, previo al proceso arbitral y cuya finalidad sustancialmente es la de obtener que se de cumplimiento al compromiso o cláusula compromisoria mediante la designación de los árbitros que así podrán instalar el respectivo tribunal y desempeñar las funciones Judiciales que le corresponden, como "formalización Judicial del compromiso" (Ley de 22 de diciembre de 1953, arts. 9 y 10) y sobre él dice el tratadista y catedrático Jaime Guasp, que "es un verdadero proceso" porque la formalización Judicial se encomienda a los Tribunales, y los Tribunales actúan en ella como verdaderos órganos de la jurisdicción, no como entidades administrativas, ni siquiera en aquel campo de la Jurisdicción voluntaria, que solo tiene de Jurisdicción, el nombre y no el contenido. Por lo tanto, un verdadero proceso, puesto que en él aparecen un Juez y unas parte, siempre en cuanto tales.

"Es un proceso de cognición, porque lo que pretende el actor, en este Juicio de formalización, no es que el Juez materialmente haga algo, es decir, que realice una conducta física, mudando la situación material, tal como existe entre las partes, sino que lo reclama es que emitía ciertas declaraciones con la repercusión que tienen en una situación Jurídica ideal, para, a través de esa innovación, llegar al arbitraje propiamente dicho; al actor en un proceso de formalización Judicial, se le satisface con una resolución del Juez, no manifestación de voluntad del Juez; y aunque la Ley no diga que el proceso de formalización Judicial termina por sentencia, sino que dice que acaba por auto, esto es un mero rasgo formal de la decisión que no elimina ni atenúa su verdadero carácter declarativo; por lo tanto, proceso de cognición o, para decirlo con la terminología más ajustada a la legislación vigente entre nosotros, Juicio declarativo; auténtico Juicio declarativo".

Y luego opina que es un proceso especial que está originado por la acción que nace del contrato constituido por el compromiso arbitral al cual, en esta forma, le da auténtica eficacia y en el que se encuentran las categorías

sistemáticas de todo el derecho procesal: Un Juez, unas partes, una pretensión, una actuación y todo a través de un procedimiento, que termina con una decisión.

c) La cláusula compromisoria constituye un verdadero contrato pues por ella las partes estipulan someter a la decisión arbitral, todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado y como tal, contrato administrativo si aquél también lo es. Qué más se quiere, entonces, se pregunta la Sala, para determinar la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa?

d) La H. Consejera Consuelo Sarria Olcos al salvar su voto en relación con la sentencia proferida por la Sala Plena dentro del proceso radicado bajo el N- S- 071, que como se recordará se exhibe por la demandante como argumento a favor de su tesis, expresa que "si bien es cierto que por no existir norma expresa que atribuya dicha facultad (se refiere a la de conocer de los requerimientos para la designación de árbitros, en controversias surgidas de contratos administrativos que incluye cláusula compromisorial) al Consejo de Estado o a los Tribunales Administrativos, estos no son competentes para el efecto, no puede afirmarse que dicha competencia corresponda a la Jurisdicción ordinaria.

"En efecto, el artículo 76 del Decreto 222 de 1.983 al regular la cláusula compromisoria en los contratos administrativos, establece en su inciso 2o que "los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho".

"Así, los artículos 2012, 2013 y 2014 del Código de Comercio que regulan la materia, resultan aplicables en virtud de la citada remisión, en lo referente a la obligación de las partes de designar los árbitros, la forma de esa designación, el trámite a seguir en el caso de que la cláusula compromisoria nada diga sobre el nombramiento de los árbitros *pero no es posible afirmar que dicha remisión llegue hasta asignar una nueva competencia a la Jurisdicción ordinaria*, para conocer de requerimientos para nombramiento de árbitros, en desarrollo de cláusulas compromisorias pactadas en contratos administrativos.

"Y es que el legislador extraordinario al expedir el decreto 222 de 1.983 tenía facultades para reformar el régimen de la contratación administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la ley 19 de 1.982, pero no para modificar el Código de Procedimiento Civil y atribuir competencia a los Jueces de Circuito.

"Por lo demás, si la competencia para dirimir controversias relacionadas con contratos administrativos corresponde a la Jurisdicción administrativa, lo adecuado sería que el cumplimiento y desarrollo de su cláusula

compromisoria y los puntos con ella relacionados, fueran de competencia de la misma Jurisdicción y lo que se observa es la omisión del legislador extraordinario de 1.984 cuando el expedir el derecho 01 de 1.984 no atribuyó dicha competencia a la Jurisdicción contencioso administrativa".

De lo expuesto por la H. Consejera Sarria Olcos resulta, entonces, que existe aquí una verdadera laguna legal que el Juez tiene que llenar de alguna forma sin que pueda excusarse de fallar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (art. 48, ley 153 de 1.887). Y aun aceptando la tesis muy respetable planteada en el mencionado salvamento de voto, hay que convenir con que eso fué precisamente lo que hizo el Consejo de Estado, cuando el *sub lite*, accedió al requerimiento y a la designación de los árbitros que profirieron el laudo cuya nulidad ahora se pide alegando que el Tribunal no se integró en debida forma porque según la entidad accionante el Juez que lo integró carecía para hacerlo.

A modo de paréntesis debe señalarse que el problema que se examina subsiste, a pesar del Decreto 2279 de 1989 porque no obstante que éste dispone en su artículo 9o que "las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. A falta de acuerdo o cuando el tercero delegado no lo haga, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez Civil del Circuito con el fin de que requiera a la parte renuente o al tercero para que efectúe la designación". "Si la parte o el tercero requeridos no hicieren nombramiento lo hará el Juez a petición del interesado...", pues por dicho Decreto "se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares", como expresa su encabezamiento.

4o. Esto último conduce a un aspecto importante de la cuestión porque no debe olvidarse que quien condujo a que la Corporación atendiera la pretensión de requerimiento y designación de árbitros fué precisamente la parte actora en este que la Ley Colombiana llama recurso de anulación de laudo arbitral, porque su contraparte había incoado dicha petición ante el Juez Civil del Circuito (Reparto) de Bogotá, funcionario que en un principio aceptó y ordenó mediante el correspondiente acto procesal, que se requiera a aquella, por lo cual alegó la incompetencia del mismo afirmando que ella correspondía a la Jurisdicción contencioso administrativa, por lo cual el caso fue enviado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el que a su vez lo remitió al de Antioquia, por factor territorial y éste, finalmente, al Consejo de Estado por razón de la cláusula general de competencia.

Pero ahora el actor enmarca su demanda de nulidad dentro de la causal segunda porque en su opinión el Tribunal no se constituyó en forma legal y por falta de Jurisdicción debido a que lo contencioso administrativa carecía de competencia para requerir y designar los árbitros en un caso como el que provocó el laudo al cual se hace referencia.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

La Jurisdicción se define como una función estatal de satisfacción de pretensiones (J. Guasp., ob. cit. pág. 104) o como actividad pública realizada por órganos competentes, con las formas requeridas por la Ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden Jurídico, establecido, para dirimir conflictos y controversias, mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución". (E. J. Couture, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983).

La función Jurisdiccional es una en cuanto que es una la rama de poder público que la desempeña lo que no empece a que se hable de Jurisdicción Civil, Penal, administrativa, laboral, etc., siempre y cuando se entienda que cuando así se hace es por referencia a la materia sobre la cual se ejerce la Jurisdicción.

Por existir, en el sentido anotado, diversos órganos Jurisdiccionales, es posible que ocurran conflictos de Jurisdicción, es decir de función, entre ellos.

No obstante siendo la función Jurisdiccional una, por la complejidad de aquella, por el territorio que abarca y las diferentes materias a que se extiende, se cumple a través de órganos o sub-órganos dentro de cada órgano Jurisdiccional, entendido en el sentido atrás anotado, que vienes a ser los llamados "Organos Judiciales en el Código de Procedimiento Civil (Libro Primero, Título I) y el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos en el Código contencioso Administrativo (Libro Tercero, Titulo XII).

A tales órganos o subórganos se distribuyen las actividades encaminadas al ejercicio de la función Jurisdiccional, actividades que en algunos casos son de puro carácter administrativo, pero siempre encaminadas a la función primordial de juzgar, es decir de decidir las pretensiones que ante ellos se susciten.

Se puede decir, entonces, empleando palabras del mismo procesalista Jaime Guasp, que "La Jurisdicción como potestad de administrar Justicia es única, pero los órganos por los cuales se ejerce son varios". (Derecho Procesal Civil, Ec. Instituto de Estudios Públicos, Madrid 1968, pág. 126) y de aquí surge el concepto de competencia, para indicar por él la asignación hecha por la Ley a un cierto órgano de la jurisdicción de la facultad de decidir determinadas pretensiones con preferencia o con exclusión de los demás órganos de la Jurisdicción.

"La competencia es, por lo tanto, la facultad que cada Juez o magistrado de una rama Jurisdiccional tiene, para ejercer la Jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio". "(H. Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, No 58, Ed. Diké, Medellín 1987), de donde la Jurisdicción viene a ser el género y la competencia la especie de una misma y única función.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

La complejidad de la organización de la función Jurisdiccional y consecuencialmente de la competencia ocasiona que puedan presentarse problemas en torno a la aplicación de las reglas que sirven para distribuir los casos entre los distintos órganos y subórganos en que se divide la Jurisdicción, Dos formas de solución suministra la ley para tales problemas: -Una, permitiéndoles a las partes y al Juez plantear una colisión de competencias; otro con normas para definir las cuestiones de competencia territorial y de otra clase.

El conflicto o problema de competencia se presenta de hecho cuando dos autoridades Judiciales (órganos o subórganos en el sentido anotado atrás) se declaran competentes o incompetentes en relación con el mismo proceso. "En el primer caso habría un conflicto positivo o por inhibitoria, propuesto por el Juez que a petición del interesado se considera competente, a aquel que está conociendo, para que se inhiba y le envíe el proceso; en el segundo uno negativo o por declinatoria, propuesto por el Juez que va a conocer o está conociendo, quien envía el proceso al que considera competente. El Código reguló solo el conflicto negativo, en el sentido de que si los funcionarios no llegan a ponerse de acuerdo en quien debe conocer, debe resolverlo el superior, pues lo importante para que no se produzca denegación de Justicia, es que siempre haya Juez para los procesos. Además, porque el positivo requiere instancia de parte, lo que no compagina con el conflicto sólo debe suscitarlo al Juez, pues las partes son ajenas a él". (H. Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Ed. A.B.C. Bogotá, 1985, pág. 103). A lo anterior sólo cabría observar que en caso de proceso de sucesión, el art. 624 si se permite plantear una colisión positiva de competencia y que en la Jurisdicción contencioso administrativa los conflictos de competencia deben suscitarse a petición de parte y ella puede ser positiva o negativa.

No sobra quizá recordar que cuando el conflicto se plantea entre Jueces Civiles, o Penales de un mismo nivel jerárquico, del mismo circuito; lo dirime el Juez de ese Circuito; si entre Jueces de Circuito del mismo Distrito o entre un Juez Municipal y uno de otro Circuito, pero del mismo Distrito, el Tribunal Superior de dicho Distrito; si entre dos Tribunales o entre Jueces Municipales o de Circuito de distinto Distrito, la Sala de Casación Civil o Penal, según el caso, de la Corte Suprema de Justicia. Pero si el conflicto se presenta entre cualquier Juez o Tribunal Civil o Penal con otros de distinta Jurisdicción (v. gr. aduanera, contencioso administrativa) lo resuelve o dirime el Tribunal Disciplinario.

Entre Jueces de diferente jerarquía no puede provocarse conflicto de competencia pues la decisión del superior sobre incompetencia o sobre competencia debe ser respetada (art. 140 del C. de P.C; art. 96 C. de P.P., art. 215 C.C.A.).

La segunda forma o manera de solucionar problemas de competencia se encuentra, por un lado, en las normas procesales, en especial civiles y contencioso administrativas, que definen la competencia por razón del territorio y por la conexidad, normas destinadas, es cierto, más a prevenir conflictos de competencia que a solucionarlos. Para este último evento, existen las que obligan a las partes cuando se inicia un proceso ante un juez incompetente a alegar la nulidad tan pronto se actúe en él, como motivo de reposición del auto admisorio de la demanda y en los procesos civiles y laborales, en todo caso, como excepción previa (arts. 100, 155 y 156). Cuando no se produce así, se sanea la nulidad (ver por ejemplo H.Devis Echandía, Ob. cit. pág .138 in fine).

En el Código de Procedimiento Civil, aplicable en estos casos, a los procesos contencioso administrativos por remisión expresa (art. 165 del C.C.A.) campean dos principios fundamentales en materia de nulidades; a saber: la taxatividad de las causales y su saneamiento. En cuanto a lo último, el artículo 126 inciso final del primer estatuto solo menciona la falta de Jurisdicción.

No obstante lo anterior, algunos tratadistas (v. gr. H. Devis Echandía, Ob. cit., págs 591 in fine y 592) sostiene que también son insaneables el proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir procesos legalmente concluidos, o pretermitir integralmente la instancia, o el seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda y la incompetencia funcional. El connotado tratadista citado, a manera de ejemplo dice: "El artículo 126, inciso final, solo menciona el primer caso, pero los demás son obvios". Sin entrar a discurrir sobre esta afirmación ni sobre lo "muy claro" de tales casos, en tratándose de la falta de competencia funcional estima la Sala que sí es saneable, por lo menos en eventos como el del sub-lite cuando además de que no solo se provocó el conflicto entre la Jurisdicción en lo contencioso administrativo y la ordinaria (que no se puede suscitar de oficio), por el contrario, la parte que ahora alega la falta de competencia del Consejo de Estado para designar los árbitros, fué precisamente lo que, asumida la competencia para tal efecto, por el Juez de Circuito de Bogotá, la discutió y obtuvo que por éste se remitiera la contención a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo quien aceptó conocer de ella y produjo la decisión pretendida, por lo cual podría, inclusive, llegarse a decir que aquélla fué quien dio lugar al hecho que la originó, si es que pudiera pensarse -que no es el caso aquí por la ya expuesto acerca de la real competencia de esta Jurisdicción-que hubo incompetencia en el Juez que decidió sobre el requerimiento para la designación de árbitros.

Por lo anterior, es evidente que la competencia quedó desde ese momento radicada en el Consejo de Estado.

Están, además, en juego en este caso principios procesales tan fundamentales como los de la seguridad y certeza de las decisiones judiciales, además del la lealtad procesal.

Por otra parte, aun aceptando que el acto de nombramiento o designación de árbitros por el Consejo de Estado estuviera viciado y fuera, por tanto, nulo, no cabe duda que tal nulidad se encontraría saneada puesto que el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó en manera alguna el derecho de defensa (artículo 156 -numeral 4-, hoy artículo 144- numeral 4- del C. de P:C.).

La finalidad de las nulidades como institución procesal es la de proteger a las partes en su derecho constitucional a ser juzgado con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio y de amparar su derecho de defensa (art. 26 C.N.) y así subrogar los agravios que se le infrinjan a una de las partes o a ambas en el desarrollo del proceso (véase H. Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, T.I., No 461, Ed. A.B.C., Bogotá, 1.985 y H. Devis E., Compendio de Derecho Procesal, T.I., No 335 y ss., Ed. Diké, Medellín, 1.987) y el nombramiento de árbitros ya sea por el Consejo de Estado o el Juez del Circuito en nada lesiona los intereses de las partes ya que la actividad que desarrollan se cumple en uno u otro caso en idénticas condiciones.

5º Pero es más, el recurso de anulación contra el laudo arbitral es contra este, por las causales taxativamente señaladas en la Ley (antes, art. 672 del C. de P.C. y 2020 del C. de Co. y hoy Decreto-Ley 2279 de 1989, art. 38) y no contra el proceso previo de requerimiento y designación de árbitros (y ya se vio como éste es un verdadero proceso), por lo cual no puede entenderse que la causal alegada por la recurrente ("No haberse constituido el Tribunal de arbitramento en forma legal") comprende el problema de la competencia del juez que designó los árbitros a requerimiento de una de las partes de la cláusula compromisoria y por no haberse puesto de acuerdo en su nombramiento, porque este aspecto, se repite, quedó definitivamente resuelto en el momento procesal apropiado".

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

FALLA:

No prospera el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de fecha 28 de febrero de 1989 y el cual resolvió diferencias presentadas entre el FONDO AERONAUTICO NACIONAL y el CONSORCIO integrado por las sociedades ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A.

A.I.A.S.A. y CONCONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. CONCONCRETO S.A.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha

Juan de Dios Montes, Conjuez, con aclaración de voto; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo de Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta,* Con Aclaración de Voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: La Aclaración de voto del Doctor Julio César Uribe Acosta reitera su conocida tesis de norma de habilitación.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Integración .**REQUERIMIENTO DE ARBITROS. CONSEJO DE ESTADO** Funciones (Aclaración de voto)

Como las competencias o potestades de los funcionarios públicos no pueden deducirse, sino deben estar expresadas en la C. N. y la ley, se colige que si bien en el artículo 128, ordinal 16 del C.C.A., está instituida una cláusula general de competencia en materia contenciosa para conocer de los procesos donde se ventilen controversias en que la administración es parte, no puede deducirse de esa norma una función administrativa como la designación de árbitros. Esta función que corresponde al Juez del Circuito por mandato expreso de la ley, es de naturaleza administrativa. En el evento que el Consejo de Estado tuviera potestad para hacerlo, sería en su Sala Plena, pero esto es aun discutible.

ACLARACION DE VOTO DEL CONJUEZ JUAN MONTES HERNANDEZ

Referencia: Expediente No. 5762

Actor: Consorcio Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A.A.I.A.S.A. y otros.

El suscrito Conjuez cumple con el deber de aclarar su voto afirmativo a la parte decisoria de esta sentencia, en lo referente a la potestad del Honorable Consejo de Estado, Sala Contencioso-Administrativa, para designar árbitros que integren un tribunal cuando las partes de un contrato administrativo no lo hicieren.

No es del caso estudiar la constitucionalidad de los Tribunales de Arbitramento en la contratación administrativa, pero sí se impone, aun cuando sea brevemente, analizar la constitucionalidad y legalidad de la potestad de esta Corporación en la designación de árbitros. Importa, en primer lugar, precisar que la dualidad de nuestra jurisdicción es de creación constitucional y ha sido atribuida en forma expresa a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, como Tribunales Supremos. El principio universal del llamado juez natural tiene en su prescripción en el Art. 58 de la C.N. Aquí se crea y subdivide la jurisdicción denominada ordinaria y, por excepción, señala el Senado una función judicial para conocer de las causas seguidas contra los funcionarios expresamente determinados en la Constitución. Don José Ma. Samper, eminente constituyente de 1886, en su Obra Derecho Público Interno de Colombia, tomo II, pág. 125, interpretó, en comentario al Art. 60, hoy 58 de la C.N., el alcance de la ley en esta materia, así: "En suma, lo esencial de este asunto es el principio sentado por este artículo, según el cual, es *la ley* la fuente del organismo secundario y de la autoridad del Poder Judicial, en sus esferas inferiores, puesto que es la ley quien crea los Tribunales y Juzgados y les da atribuciones y jurisdicción; salvo lo que la Constitución estatuye directamente respecto de los altos tribunales: el Senado (Art. 96) y la Corte Suprema de Justicia (Art. 151); y también, hipotéticamente, el Consejo de Estado, en lo contencioso administrativo (artículo 141, atribución 3a.)". "La Corte Suprema de Justicia, en fallo de marzo 11 de 1976, hace suya la interpretación de Samper antes citada. Es claro que la Constitución defiere a la ley la facultad de distribuir las competencias dentro de la jurisdicción. En lo referente a la jurisdicción contencioso administrativa, por tener una naturaleza especial es creada directamente por la Constitución, tanto es así que se encuentra codificada en un título de ésta (Título XIII). Se ejerce por el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y por sus inferiores en jerarquía, los Tribunales Administrativos en cada Departamento, conforme lo prevé el Art. 154 de la C.N., pero en ningún caso la Constitución defiere a la ley la facultad de crear tribunales *ad hoc* dentro de la jurisdicción. A la ley simplemente le queda la potestad de señalar las funciones de lo ya creado constitucionalmente.

En segundo lugar, el Decreto Ley 01 de 1984, Art. 128, Señala la competencia del Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, privativamente y en única instancia. para conocer las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas, y el ordinal 16 de la disposición precitada prescribe la cláusula general de competencia en materia contencioso administrativa. Evidentemente no existe norma expresa que atribuya potestad al Consejo de Estado para designar árbitros. Ahora bien: como las competencias o potestades de los funcionarios públicos no pueden deducirse, sino deben estar expresadas en la Constitución y la ley, se colige que si bien en el Art. 128, ordinal 16 del C.C.A., está instituida una cláusula general de competencia en materia contenciosa para conocer de los procesos donde se

ventilen controversias en que la Administración es parte, no puede deducirse de esa norma una función administrativa como la designación de árbitros. Esta función, que corresponde al Juez del Circuito mandato expreso de la ley, Decreto Ley 2279 de 1989, anteriormente previsto en Art. 665 del C. de P.C., es de naturaleza administrativa. En el evento que el Consejo de Estado tuviera potestad para hacerlo, sería en su Sala Plena, según el Art. 96 del C.C.A., pero ésto es aún discutible, puesto que esta atribución tampoco aparece señalada en la disposición precitada. También es preciso aclarar que la función de designar un árbitro no es de materia procesal sino administrativa. Corresponde al Consejo de Estado, en Sala Contenciosa, conocer de la controversia que se origine por la decisión de un Tribunal de Arbitramento, es decir, de los laudos, pues estos Tribunales están integrados por personas particulares que ejercen funciones públicas por excepción.(Art. 96, concord. Art. 128 CCA)

En estos términos dejo aclarado mi voto afirmativo a la decisión contenida en la sentencia.

Juan Montes Hernández, conjuez

EXPLOTACION DE MINAS. PERMISO. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Facultades

La atribución que el artículo 151 del Decreto 1275 de 1970 da al Ministerio de Minas y Energía está supeditada también al cumplimiento de los requisitos previos consagrados en el numeral 9º del artículo 125 del mismo Decreto, por disposición del artículo 158 de esa misma norma. Así la cancelación de permisos en los eventos en que el beneficiario no presentare con regularidad los informes, debe estar precedida por la imposición de las dos multas sucesivas a que se refieren los artículos 125 numerales 9º y 85 del D. 1275/70.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente Nº. 4689 (58) Actor : Luis Alberto García.-

Con fecha 30 de abril de 1985, el señor LUIS ALBERTO GARCIA, por intermedio de apoderado solicitó, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., que previo el trámite establecido en la ley, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1- Son nulas, por ser contrarias al ordenamiento jurídico vigente cuando se expidieron, las resoluciones número 00151 de Enero 31 de 1984 y 000270 de Febrero 25 de 1985 del Ministerio de Minas y Energía.

"2- La Nación Colombiana es responsable de los perjuicios causados y que se causen al señor LUIS ALBERTO GARCIA por la cancelación del Permiso de Explotación de Carbón número 2630 en la cuantía que se establezca dentro del presente proceso, o, en subsidio, mediante incidente posterior a la sentencia.

"3- El señor LUIS ALBERTO GARCIA tiene derecho a convertir su permiso en concesión con el lleno de las exigencias de ley, para lo cual se tendrán en cuenta los estudios y documentos presentados al Ministerio de Minas y Energía el 26 de Octubre de 1983."(fl. 11).

I - ANTECEDENTES

Mediante la Resolución 002192 de 22 de noviembre de 1978, el Ministerio de Minas y Energía otorgó al señor Luis Alberto García permiso para exploración y explotación de un yacimiento de carbón, ubicado en jurisdicción del Municipio de TAUSA, Departamento de Cundinamarca, al cual correspondió el Nº. 2630. Dicho permiso fue entregado materialmente a su titular el día 22 de mayo de 1979.

Durante el período posterior a la entrega, hasta octubre de 1982, el interesado entregó al Ministerio de Minas y Energía los informes de labores a que estaba obligado según la ley, aun cuando no lo hizo en las oportunidades establecidas ni con la frecuencia requerida. Sin embargo, el Ministerio los aprobó, tal como se ve en las Resoluciones 149 de 20 de Enero de 1981 y 713 de 26 de julio de 1982. En octubre 26 de 1982, el interesado entregó los informes correspondientes al segundo semestre de 1981 y primero de 1982, los cuales no fueron aprobados por el Ministerio. En su defecto, y mediante Resolución 319 de junio 3 de 1983, dicha entidad confirió al interesado, señor Luis Alberto García, término de un mes para subsanar las deficiencias anotadas en los informes y para aportar algunos datos adicionales.

En octubre 26 de 1983 el señor García entrega al Ministerio unos informes correspondientes, según él afirma, (fl. 84) al primer semestre de 1983, pero el 31 de enero de 1984, mediante Resolución 00151, el Ministerio procede a cancelar el Permiso 2630, aduciendo que no se había cumplido lo ordenado por la Resolución 319 de junio 3 de 1983. Frente a la anterior decisión el interesado interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido mediante Resolución 270 de 25 de febrero de 1985, en la cual el Ministerio de Minas confirma la decisión anterior.

II - LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

El apoderado del actor fundamenta su pretensión con los siguientes argumentos:

a. Hubo violación del artículo 151 del Decreto 1275 de 1970, por cuanto se solicitó al señor García que suministrara una información que no era requerida por la ley;

b. Se violó el artículo 158 del Decreto 1275 de 1970, por cuanto se procedió a la cancelación del permiso 2630 sin haberse agotado lo dispuesto por dicha norma en consonancia con los artículos 86 y 125 del mismo decreto, en cuanto a la previa imposición de multas;

c. Se desconoció lo dispuesto por el artículo 159 del decreto 1275 de 1970, por cuanto no se aplicó a la cancelación del permiso el trámite correspondiente a las licencias de exploración o los contratos de Concesión;

d. Se violaron los artículos 290 del decreto 1275 de 1970 y 30 del decreto 3050 de 1984, pues no se dio traslado al interesado en el permiso 2630, durante el término de tres (3) días, del informe técnico en el cual se fundamentó la cancelación del permiso.

A las alegaciones anteriores respondió el Ministerio de Minas y Energía en enjundioso estudio, en el cual afirma básicamente lo siguiente:

a. Que el artículo 294 del Decreto 1275 de 1970 autoriza al Ministerio de Minas y Energía para solicitar a los interesados las informaciones técnicas, geológicas, económicas o estadísticas que considere necesarias para el cumplimiento de sus funciones;

b. Que no hay violación de los artículos 151, 158 ni 159 del Decreto 1275 de 1970, por cuanto el primero de ellos contiene una condición especial para la cancelación de permisos que desplaza aquellas previstas en el 158, por lo cual, en el caso presente, este último no era aplicable. Sostiene que el artículo 159 es aplicable en cuanto a los "trámites" previos a la celebración de contratos u otorgamiento de permisos, pero no en lo referente a la ejecución de los mismos, ni mucho menos en cuanto a su régimen jurídico, pues se trata de dos figuras -permiso y contratos - esencialmente diferentes.

III - LA VISTA FISCAL

En informe que obra a folios 257 y ss. del expediente, la Fiscal Segunda del Consejo de Estado manifiesta estar en total concordancia con lo aducido y actuado con el Ministerio de Minas y Energía, por lo cual considera que los

actos acusados se ajustan a la ley y, en consecuencia, las peticiones de la demanda han de ser denegadas.

IV - CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos de su pronunciamiento, no considera la Sala necesario entrar a analizar en detalle las diferencias (o similitudes) que puedan existir entre Permisos y Concesiones, pues este es un tema desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, al establecer las características propias de los actos administrativos unilaterales y reglados de la administración, frente a aquellas propias de los contratos administrativos que celebre el Estado. Sin embargo, y aún a pesar de tales diferencias, es claro que la legislación minera optó por establecer algunos puntos en común entre ellos, al determinar, en los artículos 158 y 159 del Decreto 1275 de 1970, que las causales de cancelación de los permisos (actos unilaterales) serían las mismas establecidas como causales de caducidad de las concesiones (actos bilaterales), así como que las normas referentes al trámite de Contratos de Concesión serían aplicables a las licencias de exploración y los permisos, en ambos eventos en lo que no se oponga, o no sea incompatible, con la naturaleza de una u otra figura.

Así, la ley fue clara en afirmar que al Permiso le serían aplicables tanto los trámites, como las causales de caducidad de los contratos, en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza del primero, es decir, en todos los casos en que la aplicabilidad de un trámite, o de una causal. no desvirtúen la naturaleza de acto administrativo unilateral y reglado del permiso. Los trámites se refieren a todas aquellas actuaciones administrativas conducentes y/o necesarias para el reconocimiento o la consolidación de una situación jurídica individual y concreta, mientras que las causales, como su nombre lo indica, no son mas que las condiciones de hecho (o de derecho) que dan lugar a la consecuencia jurídica de la caducidad o la cancelación.

En el caso *sub-judice*, la cancelación de permiso se rige tanto por lo dispuesto en el artículo 151 del decreto 1275 de 1970, como por lo establecido en el artículo 158 del mismo decreto. El primero de ellos establece una causal especial de cancelación de los permisos, consistente en la posibilidad de darlo unilateralmente por terminado si el beneficiario presentare con regularidad los informes sobre las labores realizadas. El segundo, o sea el 158, dispone que, además de la causal anteriormente mencionada, serán causales de caducidad del permiso aquellas establecidas como causales de caducidad de las concesiones, siempre que no se opongan a la naturaleza del permiso. Estas últimas causales están contenidas en el artículo 125 del mismo decreto, el cual contiene (9) causales diferentes y obligatorias, la novena de las cuales reza:

" 9. La renuencia a rendir los informes correspondientes al período de montaje o a los informes anuales de explotación, después de haber sido apercibidos mediante las dos multas sucesivas de que trata el artículo 85 del presente decreto".

El dilema jurídico gira, entonces, alrededor de la eventual aplicabilidad del citado numeral 9 del artículo 125 al caso *sub-judice*, puesto que el decreto 1275, en su artículo 151 prevé una causal de cancelación especial para los permisos de explotación. Sin embargo, para la Sala, no se trata de normas aisladas e independientes, sino de un conjunto de disposiciones que deben interpretarse en forma integrada y armónica, pues ambas pretenden, en últimas, los mismos propósitos.

En efecto, no tiene mayor sentido pretender que dos normas que se refieren a lo mismo, es decir, a la posibilidad que tiene el Estado de dar por terminado unilateralmente un permiso, o un contrato cuando el interesado (o el concesionario) incumple sus obligaciones en materia de redención de informes, generen efectos jurídicos diferentes, como ocurriría si tales dos normas se estudiaran aisladamente. Mientras el artículo 125, numeral 9 dispone que se podrá cancelar un permiso ante la renuencia del interesado a rendir los informes de explotación, luego de haber sido apercibido éste con dos multas sucesivas, el artículo 151 permitiría, igualmente, la cancelación si no se presentaren con regularidad tales informes, aun cuando sin el previo requisito de la imposición de las multas mencionadas. En ambos eventos, los efectos jurídicos serían diferentes frente a hechos similares. Aún más, poco sentido tiene que para una actuación menos grave (cual es la simple presentación irregular) se prevea una sanción más drástica que para una más grave (cual es la renuncia a la presentación de informes). Por ello, y en aras de lógica jurídica y de los propósitos últimos de la figura del permiso, debe entenderse que la atribución que el artículo 151 del decreto 1275 de 1970 da al Ministerio de Minas y Energía está supeditada también al cumplimiento de los requisitos previos consagrados en el numeral 9 del artículo 125 del mismo decreto, por disposición del artículo 158 de esa misma norma. Así, la cancelación de permisos en los eventos que el beneficiario no presentare con regularidad los informes, debe estar precedida por la imposición de las dos multas sucesivas a que se refieren los artículos 125 numeral 9 y 85 del decreto 1275 de 1970.

Y por la misma razón, los actos impugnados contradicen tanto el artículo 151 como el 158 del citado decreto, motivo por el cual procederá su anulación. No se trata, como lo afirma el Ministerio, de un simple asunto de trámite o de una formalidad, sino del desconocimiento de un derecho que la ley otorgó a los beneficiarios de permisos, cual es el de la imposición de multas, previamente a su cancelación.

Llama la atención de la Sala la ligereza con que tal temática se plantea por el Ministerio de Minas en los actos acusados, así como el descuido del

beneficiario en el cumplimiento de sus obligaciones frente al permiso 2630. En el folio 6 del expediente se lee dentro de los considerandos que tuvo tal entidad para expedir la Resolución 000270 de 1985:

> " Es cierto que las normas mineras dan algunas facilidades al sistema del Permiso, y que el Estatuto Minero tiene como objetivo principal el fomento de la minería, pero la mejor forma para lograrlo es no tolerar, que cada interesado, quebrante sus obligaciones para con esta entidad".

Tal aseveración, si bien es exacta y refleja una buena intención , ajustada a derecho, choca con el desarrollo de toda la tramitación administrativa posterior al otorgamiento del permiso 2630, que terminó con la expedición de los actos acusados. Por que se ve en el expediente que todos los informes presentados anteriormente no habían cumplido con las normas sobre regularidad que establecía el decreto 1275, ya que tanto en la resolución 149 de 1981, como en la 713 de 1982, mediante las cuales se aprueban los informes de explotación del segundo semestre de 1979, 2º de 1980 y 1º de 1981, se recuerda al interesado que tales informes han debido ser presentados semestralmente. Si el Ministerio consideraba que la mejor forma de lograr el objetivo de fomento a la minería era no tolerar el quebrantamiento de las obligaciones de los interesados con esa entidad, porqué en varias oportunidades previas no había actuado conforme a sus predicamentos y por qué había tolerado la irregular presentación de informes? Y por qué en esas oportunidades no dio aplicación a los artículos 151 y 158 del decreto 1275?

En el caso presente, el interesado presentó inoportunamente los informes correspondientes al 2º semestre de 1981 y 1º de 1982, frente a los cuales el Ministerio formuló algunas observaciones y otorgó un término para realizar correcciones y aportar datos adicionales. Tal término fue incumplido y las informaciones solicitadas no se entregaron, lo cual ubicó al titular del permiso 2630 en la situación de hecho prevista en el artículo 125, numeral 9º del decreto, 1275, es decir, en una situación de renuencia. Ni siquiera se trataba ya de una presentación no regular, como sería la prevista en el artículo 151, sino de un franco incumplimiento de una obligación que se ajustaba a la previsión de hecho consagrada en el artículo 125. Ante esta situación, el Ministerio ha debido dar aplicación a lo allí establecido, es decir, a la imposición de las multas sucesivas a que se refiere el artículo 85 del Estatuto, antes de proceder a la cancelación del permiso. Al no proceder conforme a los dicho, violó lo establecido por el artículo 158 y 125 numeral 9 del decreto 1275 de 1970.

En cuanto a las peticiones segunda y tercera que el interesado formula en el petitum, considera la Sala que a ellas no debe accederse por varias razones. En primer lugar, no esta demostrado en el proceso que el Señor Luis Alberto García se le haya causado un perjuicio en virtud de la cancelación del permiso 2630. Por el contrario, tanto en el informe pericial rendido (fls.

218 a 223), como en la alegación de su apoderado (fl. 253) se ve que la cancelación mencionada no implicó la suspensión de las labores de explotación de la mina, las cuales aparentemente continuaron. Por estas razones, no habrá lugar a reconocer los perjuicios solicitados

En segundo lugar, y si bien es cierto que el artículo 154 del decreto 1275 de 1970, tal como fuera modificado por el artículo 23 del decreto 2181 de 1972 confería a los titulares de permisos el derecho preferencial para convertir el área otorgada en concesión, también lo es que ello debería hacerse es con arreglo a las disposiciones pertinentes. De ahí que tal derecho, reclamado por el apoderado de la parte demandante, esté supeditado a ciertas y determinadas condiciones que el titular de un permiso ha de cumplir, especialmente en lo referente a la satisfacción de sus obligaciones. Por tal motivo, no es procedente acceder a la petición tercera, en el sentido de ordenar la -conversión del permiso 2630 en concesión, por cuanto ello será competencia del Ministerio de Minas una vez se den las circunstancias previstas en la ley. Así, el efecto de la anulación que haya de decretarse será el restituir las cosas al estado en que se encontraban inmediatamente antes de la cancelación efectuada por la Resolución 151 de 1984, en forma tal que a partir de ese momento se reanude la tramitación administrativa correspondiente del permiso 2630.

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: Decláranse nulas las Resoluciones 000151 de 31 de Enero de 1984 y 000270 de 25 de febrero de 1985, del Ministerio de Minas y Energía, mediante las cuales se canceló al señor LUIS ALBERTO GARCIA el permiso Nº 2630 otorgado para la exploración y explotación de Carbón.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ordénese al Ministerio de Minas y Energía continuar con el Permiso 2630 en el estado en que se encontraba antes de la expedición de la Resolución 000151 de Enero 31 de 1984. Deniéganse las restantes súplicas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL- Inexistencia

De acuerdo con la definición legal de agencia comercial que contiene el Código de Comercio, el agente es un comerciante intermedio que cumple un encargo de distribución de artículos en una zona determinada y en beneficio de un empresario que asume los riesgos. En el caso que ocupa la atención de la Sala no se configura este contrato, pues carece de los elementos esenciales de esa relación mercantil. La licorera no le confió ningún encargo al actor. Este, en el ejercicio de su actividad comercial, adquiría la propiedad de los licores que fabricaba aquella para revenderlos, sin que la licorera asumiera ningún riesgo. Al no existir dicho contrato, las partes pueden pactar libremente y renunciar todos los derechos en las condiciones del artículo 15 del C.C.

RECURSO DE APELACION - Improcedencia/**VIA GUBERNATIVA-** Agotamiento

El recurso de apelación se ejerce, para que el superior jerárquico de quien produjo la decisión, la aclare, modifique o revoque. No existiendo superior jerárquico que ejerza control de tutela, no hay autoridad administrativa facultada para conocer de la hipotética apelación que se formule contra sus actos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto treinta (30) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente Nº. 3919 (64). Actor: Fernando Cadavid Mazuera

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, contra la sentencia del 23 de septiembre de 1982, proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se declaró inhibido para decidir el fondo de la controversia, por no haberse agotado la vía gubernativa.

I - LA DEMANDA.

El señor FERNANDO CADAVID MAZUERA, por conducto de apoderado, formuló demanda contra la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, para que mediante proceso ordinario de plena jurisdicción se despacharan favorablemente las siguientes pretensiones:

"a.- *Primera principal*: Solicito al Honorable Tribunal declarar que la declaratoria de caducidad del contrato a que se refiere este libelo, a saber, el distinguido con el #1056 suscrito entre las partes, mi mandante FERNANDO CADAVID M. y la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS los días 27 y 28 de diciembre de 1972 y su prórroga convenida en instrumento firmado el 12 y 19 de febrero de 1977, dispuesta según Resolución 01074 que profirió el Gerente de la demandada y aprobada por la Junta Directiva de la misma entidad el 2 de noviembre de 1976, según nota puesta al pie de la copia de la providencia expedida a solicitud de mi mandante, no surte efectos legales ni es oponible al señor Fernando Cadavid por no haberle sido notificado legalmente o por ser nulas las actuaciones y diligencias cumplidas para notificarla.

"b.- *Primera subsidiaria*: En subsidio de la declaración que se suplica en el literal anterior y en caso de que el H. Tribunal llegue a desestimarla, la Corporación se dignará declarar que es nula la declaratoria de caducidad del mismo contrato, proferida mediante Resolución # 01074 emitida por el Gerente de la Industria Licorera de Caldas el 2 de noviembre de 1976 y aprobada por la Junta Directiva de la entidad en la misma fecha según Acta #25 al decir de la nota puesta al pie de la copia del acto expedido por el Secretario de la Empresa, por ser violatoria de los preceptos legales que se indicarán en la parte pertinente de este libelo, o bien por ser errónea la motivación de la providencia.

"c.- *Segunda principal o consecuencial acumulada*: Por el hecho de la violación o incumplimiento del contrato solicito así mismo al H. Tribunal condenar a la Industria Licorera de Caldas a pagar a mi mandante todos los perjuicios que por daño emergente y lucro cesante le produjo la

interrupción en la ejecución del contrato de agencia comercial #1056 suscrito entre las partes los días 27 y 28 de diciembre de 1972, válidamente prorrogado a su vencimiento, hecho producido a partir del 5 de octubre de 1976 hasta la fecha de terminación prevista y pactada en el mismo contrato.

"d.- *Tercer principal acumulada*: Suplico además que se condene a la Industria Licorera de Caldas a pagar al señor Fernando Cadavid Mazuera la suma que se determine como valor de la prestaciones que genera la terminación por cualquier causa de todo contrato de agencia comercial, a saber, una doceava parte del promedio de las utilidades derivadas del contrato por mi mandante durante los tres últimos años por cada año transcurrido a partir del comienzo del mismo en junio de 1964.

"e.- *Cuarta principal o Consecuencial acumulada*: También pido al Honorable Tribunal declarar que es nula o ineficaz la cláusula décimo - novena del contrato #1056 suscrito los días 27 y 28 de diciembre de 1972 entre la Industria Licorera de Caldas y mi mandante el señor Fernando Cadavid Mazuera y que por tanto la Licorera está obligada a pagar al actor la suma que los peritos que designará el H. Tribunal determinen como equitativa retribución de los esfuerzos que don Fernando Cadavid realizó a partir de la iniciación del contrato de agencia comercial en junio de 1964 y durante toda la vigencia de éste hasta el año de 1977 fecha de la terminación legal del mismo, para acreditar las marcas y productos de la Industria Licorera de Caldas en el Departamento del Valle del Cauca y para conquistarles y mantenerles un mercado en dicho territorio." (fls. 2, 2vto, y 3 C. Ppal.).

La demanda que en copia al carbón se lee a folios 2 y siguientes del Cuaderno No. 1, relata en síntesis, que con fecha 26 de junio de 1964 se celebró entre el demandante y la Industria Licorera de Caldas, un contrato de agencia comercial para la distribución exclusiva de los productos de la empresa en el Valle del Cauca, contrato al que precedió el procedimiento de licitación pública.

Según el demandante, el contrato se prorrogó sucesivamente hasta el día 27 de diciembre de 1972, cuando se suscribió uno nuevo, distinguido con el Nº.1056, que no implicaba innovaciones sustanciales. Al nuevo contrato se le aplicó el nombre de "Contrato Administrativo de Venta Exclusiva de Licores" que, con arreglo al C. de Comercio, configuraba el de Agencia Comercial.

La Cláusula tercera del contrato señaló las cantidades que de cada producto se comprometió a comprar el agente en cada uno de los años pactados, y en las restantes cláusulas se establecieron los precios de los productos.

Dice la demanda que, presionado por las circunstancias, el agente renunció a la retribución establecida en el artículo 1324 del C. de Comercio y que para celebrar el nuevo convenio se omitió el procedimiento de licitación pública. Vencido el término, las partes convinieron una prórroga hasta el 15 de febrero de 1977, según documento que suscribieron en Cali el 19 de febrero y en Manizales el 12 del mismo mes de 1975, documento que delimita las cantidades de licores que habrían de adquirirse.

Durante la etapa final, la ejecución del contrato se caracterizó por la presencia de acontecimientos generadores de dificultades. "suficientes para configurar la interrupción de fuerza mayor e imposibilidad exoneratoria". La grave alteración de las circunstancias económicas y sociales de la Nación a fines de 1974, afectó el mercado de licores y determinó bajas apreciables en los consumos hasta hacer imposible la realización de los programas de ventas. Por su parte, la Licorera desatendió los pedidos del expendedor, quien mantuvo copada la capacidad de producción.

Las actividades de introducción y venta en el departamento del Valle del Cauca de licores producidos en Caldas, fueron obstaculizadas por las autoridades fiscales y aduaneras, lo que deterioró las posibilidades de cumplimiento de las ventas de distribución trazadas por suspensión del permiso para la introducción del licor al Valle. Sin embargo durante el segundo año de prórroga, el nivel de compras del actor se elevó sustancialmente y el programa de importaciones permitió descubrir un ritmo de ejecución satisfactorio.

La Licorera dejó de atender los pedidos formulados desde el 5 de octubre de 1976, y el 2 de noviembre del mismo año el Gerente profirió la Resolución Nº. 01074, decretando la caducidad del contrato, por incumplimiento de la cláusula segunda.

Antes de que la Licorera fulminara la caducidad, el agente manifestó estar dispuesto a comprar el saldo de mercancías que faltaba.

El acto complejo no fue notificado al actor, ni en el Diario Oficial, ni el periódico Caldas se publicó aviso alguno sobre la declaratoria de caducidad del contrato.

Hasta el momento la Licorera no ha liquidado ni pagado el valor de las prestaciones del inciso primero artículo 1324 del C. de Comercio, ni ha retribuido los esfuerzos del agente para acreditar las marcas de los productos que agenciaba.

Invocó como disposiciones violadas: artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959 en consonancia con el artículo 257 del C.C.A, Decreto 13 del 24 de junio de 1905 y la ordenanza 33 de la Asamblea de 1930, artículo 66

Ley 167 de 1941 -sic-; artículo 1602, 1603 y 1609 del C.C.A, artículo 1º. Ley 95 de 1890, artículo 1324 del C. de Co. y 899 *ibídem.*

II - LA SENTENCIA APELADA

El fallador de primera instancia estimó que por no haberse interpuesto el recurso de reposición y el de apelación contra el acto que declaró la caducidad administrativa del contrato No.1059, no se había agotado la vía gubernativa.

El fallo, en sus apartes pertinentes, predica:

" Como puede observarse en el presente proceso, no se agotó la vía gubernativa, pues ningún recurso, como paladinamente lo reconoce el demandante, se interpuso contra la resolución aquí acusada, por lo que, entonces, ese acto se hizo inimpugnable jurisdiccionalmente. A él se le advirtió en la notificación personal que tenía los recursos de reposición y apelación contra ese acto administrativo, actuación que tuvo lugar el 8 de noviembre de 1976, y a pesar de ello el interesado guardó silencio, y solamente hizo el uso del recurso jurisdiccional el 16 de marzo de 1977.

" Ahora bien, el demandante alega en el capítulo de "Disposiciones violadas y concepto de violación", punto b), que se desconoció el artículo 257 del C.C.A., por haberse omitido la notificación personal de la declaratoria de caducidad, y porque la Industria Licorera reemplazó ésta por fijación de edicto, contrariando esa norma, la que únicamente autoriza sustituir la notificación personal por la publicación de un aviso en el Diario Oficial, o para el caso de las decisiones departamentales en el periódico "Caldas", agregando más adelante, capítulo "Vía Gubernativa", que el recurso de reposición, único de que habla aquella disposición aclara la Sala, "no es de forzosa interposición para el agotamiento de la vía gubernativa, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959".

" A la anterior argumentación observa el Tribunal, en primer lugar, que la notificación personal, de acuerdo con lo anteriormente discurrido sí se efectuó, por lo que no era indispensable ni necesario la publicación en el periódico oficial, si es que ese artículo 257 es aplicable en asuntos departamentales y municipales, pues de acuerdo con el profesor Tulio Enrique Tascón, cuando el artículo 259 del Código Contencioso Administrativo dice que en los Tribunales Administrativos se seguirán las mismas reglas en el examen y decisión de los contratos celebrados por la Administración departamental o municipal en cuanto fueren pertinentes, se refiere a las trazadas en los artículos 245 a 253, lo que indica obviamente que se excluye aquel precepto 257. Y considera la

Sala que ello debe ser así, puesto que ese artículo ordena la publicación en el Diario Oficial de la parte resolutiva de la providencia de caducidad cuando no pudiere hacerse la notificación personal de ella, porque de acuerdo con el artículo 35 del Código Fiscal, todo contrato celebrado a nombre del Estado debe publicarse en ese Diario, siendo lógico, entonces, que la declaratoria de caducidad en el caso señalado, también debe sufrir tal trámite, pero teniendo en cuenta que cuando se habla de Estado debe entenderse la Nación o el País , según figura retórica muy usual, y que quien celebra el convenio es el Gobierno, entendiendo éste en la forma señalada en el artículo 57 de la Carta, a nombre de aquel, por lo que en tratándose de contratos departamentales ellos deben acomodarse no sólo a aquellos artículos 245 a 253, sino también a las normas departamentales, en especial a las contenidas en el Código Fiscal del Departamento. Por tanto, se itera, no es aplicable aquí el artículo 257 de la ley 167 de 1941.

"Pero si la argumentación anterior no fuera la jurídica y, por lo mismo, esa disposición sí debe aplicarse también a los asuntos departamentales, considera el Tribunal que cuando la ley solamente consagra un recurso contra un acto administrativo, ha de hacerse uso de él para agotar la vía gubernativa y quedar abierta la jurisdiccional. Sin que pueda argumentarse que el recurso de reposición allí consagrado no es de forzoso acatamiento, porque así lo determina el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959, porque este estatuto es de carácter general y aquel es especial, por lo que debe estarse a lo que se estatuye en éste, según también conocidas reglas de interpretación. Es decir, que sí era ineludible para el demandante interponer aquel recurso de reposición para agotar así debidamente la vía gubernativa, como requisito previo para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

" Y de otra parte, si en la notificación personal se le advirtió que contra la resolución de caducidad que se le notificaba procedían los recursos de reposición y apelación, y aceptando que el primero no era de forzosa interposición para el agotamiento de la vía gubernativa, el segundo sí era ineludible para clausurar esa vía administrativa, como requisito indispensable y previo para acudir a la jurisdiccional, ya que no tenía otra alternativa legal, pues no estaba a su arbitrio interponerlo o no, por lo que su actitud pasiva convirtió ese acto administrativo en definitivo y le quitó toda posibilidad de su ulterior examen por esta jurisdicción.

" Por lo que respecta a la notificación por edicto de la providencia acusada, se examinará en el siguiente punto del presente estudio.

"B). El segundo argumento que se aduce para no haber agotado la vía gubernativa, es el de que contra el acto administrativo acusado, Resolución del Gerente de la Industria Licorera y la decisión aprobatoria

de la H. Junta sólo procedería el recurso de reposición por ser ésta el organismo supremo de dirección de ese ante -sic- , y carecer por tanto de superior jerárquico ante quien pudiera surtirse la apelación, y que aquel remedio no es de forzosa interposición para el agotamiento de la vía gubernativa, según el artículo 15 del Decreto 1733 -sic. de 1959, argumento que necesariamente debe relacionarse con lo que se consigna en la demanda en el punto b) del capítulo de "Disposiciones violadas y concepto de la violación", concretamente en donde se afirma que la Licorera reemplazó la notificación personal de la providencia de caducidad por la fijación de edicto.

" Pues bien, parte de esa argumentación ya fue tratada y rebatida por el Tribunal en los párrafos anteriores y a ellos se remite para concluir, se repite nuevamente, que sí era necesario interponer el recurso de reposición para así agotar la vía gubernativa y poder acudir a la jurisdiccional. Y en relación con la notificación ficta, considera la Sala que tal actuación pudo haber sido un error de la Industria Licorera de Caldas, pues ya la personal se había efectuado en legal forma, pero él en nada incide en el presente proceso, no perjudicó al actor, sino que, por el contrario, se le brindó una nueva oportunidad para que compareciera ante aquella entidad a manifestar su inconformidad con la determinación adoptada en la resolución de caducidad, y procediera a agotar la vía gubernativa para ejercitar así la jurisdiccional. Y esa actuación benefició al actor ante el Tribunal, pues éste, al admitir la demanda computó los términos señalados en el artículo 83 de la ley 167 de 1941, a partir del día siguiente de la desfijación del edicto, y no desde el día siguiente a la diligencia de notificación personal, porque si esto último se hubiera tenido en cuenta, seguramente se habría inadmitido el libelo demandador por caducidad de la acción.

" Y en esa notificación ficta igualmente se le advirtió a Cadavid Mazuera que contra la providencia de caducidad procedían los recursos de reposición y de apelación, y que se le hacía ella en dicha forma para dar cumplimiento al artículo 29 del Código Fiscal de Caldas, ordenanza 46 de 1966, en armonía con el 11 del Decreto 2733 de 1959, y 323 del Código de Procedimiento Civil. La primera norma citada dispone que en cuanto a notificación y recursos, se tendrá en cuenta lo que preceptúa el Código Contencioso Administrativo y las demás disposiciones que lo adicionen y reformen; y como el Título III, Capítulo VIII, artículos 74 a 81 del C.C.A., fue sustituido por el Decreto 2733 de 1959, Capítulo II, artículos 10 a 20, de acuerdo con este último, pues obviamente es de aplicación el citado Decreto. Y como en éste se consigna que por la vía gubernativa proceden los recursos de reposición y de apelación, pues tanto la notificación personal como la por edicto se acomodaron a ese estatuto al hacerle saber al accionante que podía interponer tales remedios. Y si bien es verdad que el artículo 15 dice que el recurso de reposición

no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, es igualmente cierto, se itera, que el de apelación sí lo es, por lo que no era facultativo del actor interponerlo o no, ya que, también se repite, si quería agotar la vía gubernativa como requisito previo de la jurisdiccional, como así mismo se consignó atrás, no tenía otra alternativa dentro de la ley. Por consiguiente, debido a esa omisión la resolución de caducidad se volvió definitiva "y le quitó toda posibilidad a su examen por la vía de acción".

" Ahora bien, se afirma por parte del demandante que la resolución acusada fue dictada por el Gerente de la Industria Licorera y aprobada por la Junta Directiva de la empresa, organismo supremo de dirección del ente administrativo, por lo que se carecía de superior jerárquico ante quien pudiera surtirse la apelación. Pero a ese argumento se responde que como en esa notificación se dijo que se daba cumplimiento al artículo 29 del Código Fiscal, y éste a su vez remite al Código Contencioso Administrativo y las disposiciones que lo adicionen o reformen, y entre estas se encuentra el Decreto 2733 de 1959, y éste dice en su artículo 19 que ante el Gobernador se surten las apelaciones contra las decisiones definitivas de los funcionarios, agentes o personas administrativas del orden departamental, la Licorera es una persona de esta naturaleza, se concluye, entonces, que sí existía un funcionario ante quien se pudiera surtir la apelación. Pero si por alguna razón que el Tribunal desconoce, no era ni es el Gobernador ante quien se surten las apelaciones contra las decisiones definitivas de la Licorera, ésta estaba, o mejor su Gerente o su Secretario, en la obligación legal de conceder ese recurso, si se hubiera interpuesto, ante el empleado u organismo que tuviera tal. atribución, máxime si se tiene en cuenta que en la notificación ficta se le hizo saber que él procedía contra el acto demandado. Consecuencialmente, se repite en gracia de la claridad, debió el actor agotar la vía gubernativa interponiendo el recurso de que se trata (Se subraya)." (fls. 31 a 36 C.1).

III - LA POSICION DE LAS PARTES

Alegato del demandante.

A folios 108 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el alegato presentado por el mandatario judicial de la parte actora, en el cual hace sus planteamientos de carácter fáctico y jurídico, orientados a que se revoque la decisión del *a-quo* y en su lugar se provea de fondo, accediendo a las súplicas de la demanda.

Alega que al contratista no se le notificó oportuna y legalmente la resolución de caducidad del contrato, lo cual le impidió discutirla en el

procedimiento administrativo. Argumenta que la resolución acusada es inoponible al contratista, ya que la Industria Licorera de Caldas carecía de competencia para notificarle el acto en Cali y ha debido intentarlo por autoridad comisionada, y que dada la incompetencia de los mensajeros a quienes se les confirió la misión de notificar, no se cumplieron los presupuestos que facultaban a la Licorera para la fijación del edicto.

Sostiene que la resolución acusada fue emitida por el máximo organismo directivo de un establecimiento autónomo, razón por la cual no existía otro órgano competente para recurrir en apelación y que, como el recurso de reposición no era obligatorio, el actor estaba exento de agotar la vía gubernativa.

Los demás argumentos del apelante analizan la conducta de la administración como abusiva y constitutiva de rompimiento ilegal del compromiso contractual. Afirma, por último, la identificación del contrato como una convención regida por las normas de la denominada "agencia comercial", en la legislación mercantil colombiana.

Alegato de la demanda.

El procurador judicial de la entidad demandada, en su alegato de bien probado, visible a folios 152 y siguientes del Anexo 1, expuso sus planteamientos de orden jurídico tendientes a desvirtuar las tesis del actor.

Insistió en la falta de agotamiento de la vía gubernativa, ya que el actor no hizo uso de los recursos de reposición y apelación contra la resolución que declaró la caducidad del contrato.

Sostuvo que la acción de nulidad impetrada había caducado por no haberse instaurado la demanda dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de su notificación personal.

Por último, enfatizó que el contrato o los contratos celebrados entre las partes, no eran de agencia comercial sino de venta, con entregas periódicas, significando así que a la relación jurídica que existió entre las partes, no le era aplicable el artículo 1324 del C. de Comercio.

El expediente se destruyó durante los sucesos del 6 de noviembre de 1985 y fue reconstruido en los términos del Decreto 3825 del mismo año. Durante la etapa de reconstrucción del proceso no se acompañó el concepto que, en su oportunidad, rindió la agencia fiscal.

Agotada la tramitación legal sin que se observe vicios de nulidad que afecten lo actuado, se procede a decidir.

SE CONSIDERA:

A) El apelante sostiene que le tribunal se equivocó, porque el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato no se le notificó oportuna y legalmente.

Obra a folios 43 vto.. del Anexo 1, la siguiente nota suscrita por quien afirma ser el emisario encargado por la Industria Licorera de Caldas para notificarle al actor el acto administrativo censurado y por quien firmó como testigo, la frustrada notificación personal:

> " Cali, noviembre ocho (8) de mil novecientos setenta y seis (1976) En esta fecha he notificado la Resolución que precede a Don Fernando Cadavid, informándole que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación. Pero el notificado se negó a firmar por lo cual firma -sic- Testigo, firma ilegible, Testigo, Alberto Millán".

Aunque en el interrogatorio de parte absuelto a folios 60 C.1, el demandante admite como cierto que los mensajeros a quienes se les confió la misión de notificarle el acto, lo visitaron a altas horas de la noche para mostrarle unos documentos o papeles de la Industria Licorera de Caldas, lo cierto fue que la entidad administrativa, para agotar el procedimiento previsto en la ley, resolvió notificar la resolución demandada por edicto, según anotación visible a folios 49 Anexo 1, que reza:

> "El presente Edicto se fija por el término de cinco (5) días en lugar visible de la Secretaría de la Industria Licorera de Caldas, hoy nueve (9) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976), a las siete 7:00 a.m. para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 29 del Código Fiscal del Departamento de Caldas, Ordenanza 46 de 1966, en armonía con el artículo 11 del Decreto Nacional 2733 de 1959 y el artículo 323 del C. de Procedimiento Civil, advirtiendo que contra esta providencia proceden los recursos de reposición y apelación...
>
> "Desfijado hoy diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976), a las seis (6:00) pasado meridiano. Alfonso Ríos García, Secretario".

Para la Sala no cabe duda que la notificación de la resolución No.01074 se ajustó a derecho y que si el edicto no se publicó en el diario oficial del Departamento, fue porque esa formalidad sólo se estableció para los casos en que las providencias que afectaran *a terceros* no hubiere sido posible notificarlas personalmente a éstos, tal como lo disponía el Parágrafo 1o. artículo 11, Decreto 2733 de 1959, vigente para la época y aplicable al caso por remisión del artículo 29 del Código Fiscal de Caldas.

En consecuencia, como la notificación del acto atacado se hizo en forma legal, se desestimará la primera pretensión principal de que se declare la ineficacia y la inoponibilidad de tal acto.

B) La Industria Licorera de Caldas propuso la excepción de caducidad de la acción por haberse instaurado la demanda pasados los cuatro meses de notificada la resolución.

El actor demandó la nulidad del acto y el restablecimiento de su derecho conculcado, lo cual se entiende como el ejercicio de la acción contenciosa de plena jurisdicción contemplada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941. Tal acción tenía una caducidad de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, conforme lo establecía el artículo 83 del mismo ordenamiento jurídico.

Pues bien. La Resolución No. 01074 fue notificada por edicto desfijado el 16 de noviembre de 1976, y como la demanda se presentó el 16 de marzo de 1977, significa que el plazo para instaurar la acción no había precluido a la desfijación del edicto.

Además para la época en que se promovió el proceso, las controversias contractuales no estaban sometidas al fenómeno de la caducidad, sino al de la prescripción ordinaria regulada por el C.C.

Así las cosas y como quiera que la demanda se presentó cuando aún no se había clausurado la oportunidad para proceder judicialmente, no podrá prosperar la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad administrativa demandada.

C) El fallador de instancia fundamentó su decisión inhibitoria en la falta de agotamiento de la vía gubernativa, por no haberse interpuesto los recursos de reposición y de apelación contra la resolución que declaró la caducidad administrativa del contrato.

Considera la Sala que el hecho de que en la notificación de la Resolución Nº. 01074 se hubiera advertido que contra dicho acto procedían los recursos de reposición y de apelación, en nada afecta la situación del actor, pues estos temas se regían por la normatividad vigente en ese entonces.

El artículo 13 del Decreto 2733 de 1959, sustitutivo del capítulo VIII, Título Tercero de la Ley 167 de 1941, concedía los recursos de reposición y de apelación, por la vía gubernativa, contra las providencias que ponían fin a un negocio o actuación administrativa.

El artículo 15 del mismo decreto, disponía que para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas, el recurso de reposición no era obligatorio. Siendo facultativo, bien pudo el demandante abstenerse de interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo cuestionado, sin que tal determinación menoscabara su derecho de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo.

La verdad es que, el recurso de apelación se ejercitaba, y aún se ejerce, para que el superior jerárquico de quien produjo la decisión, la aclare, modifique o revoque. Ahora bien, existía en el caso presente un superior jerárquico ante quien interponer tal recurso? Para la Sala no era así, por las siguientes razones:

El Estatuto orgánico de la Industria Licorera de Caldas, señaló el carácter y la denominación de la empresa, en los siguientes términos:

> "Artículo 1o.- La Industria tendrá el carácter de Entidad Autónoma, y será una persona jurídica con patrimonio propio descentralizado, y como establecimiento público sus actos estarán sujetos a la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se denominará "INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS". (f. 23 Anexo 1).

La autonomía de su administración implica que esa empresa se gobierna a sí misma, dentro de los linderos del ordenamiento legal que la creó y que, no existiendo superior jerárquico que ejerza control de tutela, no hay autoridad administrativa facultada para conocer de la hipotética apelación que se formule contra sus actos.

Esto explica que en el caso sub-lite, no fuera necesario interponer el recurso de apelación para agotar la vía gubernativa, por ser la Junta Directiva y el Gerente las máximas autoridades de la empresa y no existir una autoridad superior competente para revisar sus decisiones. Ni siquiera el Gobernador, como jefe de la administración seccional, porque aquellos funcionarios no son agentes suyos en la empresa licorera.

Luego, tiene razón el actor cuando afirma que el a-quo se equivocó al abstenerse de dictar sentencia de mérito porque no se había agotado la vía gubernativa, motivo por el cual habrá de revocarse la sentencia apelada para proveer de fondo la cuestión litigiosa.

D) Pretende el demandante que se declare la nulidad de la Resolución No.01074, emitida por el gerente de la Industria Licorera de Caldas, por ser violatoria de preceptos legales o por ser errónea la motivación de la providencia.

Aún a pesar de que el actor instauró la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, conjuntamente con la acción derivada de un contrato, la Sala no encuentra inconveniente en analizar las pretensiones contractuales acumuladas, porque se dan los supuestos para ello, y porque además, para la época de la demanda (marzo 16 de 1977), los juicios contencioso-administrativos que no tenían señalado trámite especial, se sustanciaban mediante el procedimiento ordinario reglado por el Capítulo XV del antiguo C.C.A.

El acto que declaró la caducidad administrativa del contrato No.1056 y de su respectiva prórroga, destaca en su parte considerativa:

"f) Que durante el primer año de la prórroga del contrato, o sea del 15 de Febrero de 1975 al 14 de Febrero de 1976, el contratista sólo adquirió, según constancia de la Sección de Ventas de la Empresa 282.460 botellas de Ron Viejo de Caldas de 750 c.c.; 2.700 botellas de Brandy F. Tourell de 750 c.c. cada una, habiendo dejado de cumplir el contrato, por este concepto, en la cantidad de 317.540 botellas de Ron Viejo de Caldas de 750 c.c.; 21.300 botellas de Brandy F. Tourell de 750 c.c.; y 20.000 botellas de Vodka Sabolynaya de 750 c.c. cada una, sin contar las diferencias en las cantidades compradas de Aguardiente.

"g) Que durante el segundo año de la prórroga del contrato, o sea del 15 de Febrero de 1976 hasta el 30 de Septiembre del presente año, que según la cláusula Décima-Segunda del contrato ha debido comprar 437.498 botellas de ron Viejo de Caldas de 750 c.c., o su equivalente en medias de 375 c.c.; 15.000 botellas de Brandy F. Tourell de 750 c.c., cada una, o su equivalente en medias de 375 c.c.; y 12.495 botellas de Vodka Sabolynaya de 750 c.c., y sólo ha adquirido las siguientes cantidades: De Ron Viejo de Caldas 226.940 botellas de 750 c.c.; de Brandy F. Tourell 2.280 botellas de 750 c.c., y Vodka Sabolynaya ninguna, incumpliendo el contrato en el segundo año de la prórroga y en el lapso de los 7 1/2 meses transcurridos hasta el 30 de Septiembre / 76 en las siguientes cantidades: Ron Viejo de Caldas 210.558 botellas de 750 c.c., Brandy F. Tourell 12.720 botellas de 750 c.c. y Vodka Sabolynaya 12495 botellas de 750 c.c.;

"h) Que revisadas las estadísticas de venta de licores de la Empresa en el Departamento del Valle del Cauca constata que de 706.050 botellas de Ron Viejo de Caldas de 750 c.c., que se expendieron en el año de 1973, las ventas han descendido a 372.568 unidades en 1975, lo que revela un descenso en el mercado de este producto de la Empresa en un 47.24% con notorio y grave perjuicio para sus ingresos.

"i) Que la Junta Directiva de la Industria Licorera de Caldas, en sesiones del 30 de Agosto (Acta Nro. 19) y del 5 de Octubre (Acta Nro.23) del presente año, dispuso se resolviera, o declarara la caducidad del contrato y de la prórroga a que se refiere el considerando Primero de la presente providencia, determinación que se le comunicó al contratista en los oficios de Gerencia Nros. 2622 de Septiembre 22/76 y 2764 de Octubre 8 del presente año, no obstante cuando las obligaciones de compra no habían sido cumplidas por esto dentro de los términos mensuales estipulados;" (fl. 46 Anexo 1).

Para demostrar los supuestos fácticos de la demanda, tendientes a justificar el incumplimiento del contrato por parte de la Licorera, el actor allegó los testimonios de JOSE GONZALEZ TEJADA (fl. 47 a 53 C. 1), JAIME ZULUAGA (f. 54 a 58 C.1), GREGORIO RAYO (f. 43 vto. C.1), RENE DIAZ (f. 44 C.1), JOSE ALVARO GONZALEZ M. (f. 45 C.1) y ANTONIO BERMUDEZ (f. 46 C.1).

Los declarantes expresan que al recoger los pedidos tuvieron que regresar con sus vehículos vacíos o con muy poco licor, debido a que la empresa no tenía productos suficientes para despacharle al contratista. No obstante, los deponentes no indican fechas, ni señalan la magnitud de la restricción de los despachos, ni acreditan en qué proporción dejó de despacharse mensualmente el producto, ni cuáles ni cuántos fueron los pedidos desatendidos por la empresa.

Adviértase que el contratista se obligó a adquirir cantidades iguales de los productos, cada mes, según el contrato de prórroga, que decía:

> "CLAUSULA SEGUNDA. EL CONTRATISTA se obliga a comprar a "LA LICORERA", salvo fuerza mayor o caso fortuito, y "LA LICORERA" a venderle en su fábrica de Manizales, empacado y listo para transportar, siempre y cuando las existencias en depósito lo permitan, durante cada uno de los dos (2) años de vigencia de la presente prórroga, las siguientes cantidades mínimas de licor: de Ron Viejo de Caldas, tipo corriente 700.000 botellas de 750 C.C. cada una, o su equivalente en medias de 375 c.c, lo que constituyen 1`400.000 repartidas en cuotas o pedidos mensuales de 58.333 botellas de 750 c.c. aproximadamente, o su equivalente, que lo constituyen 116.666 medias de 375 c.c. aproximadamente; de Aguardiente Cristal, Amarillo o Manzanares 200.000 botellas de 750 c.c. cada una, o su equivalente en medias de 375 c.c., lo que constituyen 400.000 medias de 375 c.c, repartidas en cuotas o pedidos mensuales de 16.666 botella de 750 c.c. o su equivalente que lo constituyen 33.333 medias de 375 c.c; de Brandy F. Tourell 24.000 botellas 750 c.c. o su equivalente en medias de 375 c.c., lo que constituyen 48.000 medias, o 4.000 por mes; de Vodka Sabolynaya 20.000 botellas de 750 c.c., o sea 1.666 por mes. En cuanto a las cantidades de Ron Gran Reserva, Ron Extra Viejo forrado y sin forrar, lo mismo que otros licores que llegue a producir la Licorera de Caldas se acordarán posteriormente."(fls. 59 y 59 vto.).

Con los testimonios citados no se probó que el incumplimiento de las cuotas mensuales por parte del actor, hubiera obedecido a la irregularidad en los despachos. En efecto durante el año 1975, hubo 10 despachos en enero, 8 en agosto y 31 en diciembre (f. 109 a 121 Anexo 2). No aparece registro alguno en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre, octubre y noviembre de 1975. La resolución consigna que durante 1976, el

contratista compró 226.940 botellas de ron, 2.280 de Brandy y ninguna de vodka, cuando la obligación era la de adquirir 437.498 de ron, 15.000 de brandy y 12.495 de vodka.

Resulta insólito, por decir lo menos, que el 15 de octubre de 1976, cuando ya se había consumado el incumplimiento del convenio, para satisfacer la cuota de los dos años de prórroga, el contratista se muestre dispuesto a comprar el saldo de mercancías que faltaba antes del vencimiento del contrato. (f 129 Anexo 2).

La incidencia en la venta de los licores por el supuesto rechazo de remesas en el Departamento del Valle, por la emergencia económica declarada o por la variación de los impuestos, tampoco está demostrada.

La apreciación del acervo probatorio que se deja analizado, indica que la errónea motivación que predica el actor, es una premisa que se quedó en sus buenas intenciones. De manera que, no habiendo desvirtuado la presunción de legalidad que informa el acto administrativo atacado, la primera petición subsidiaria de nulidad impetrada por el demandante, no está llamada a prosperar.

E) Al no tener vocación de prosperidad la pretensión principal subsidiaria, tampoco la tienen las peticiones derivadas de la nulidad, concretadas en el literal c), sobre daño emergente y lucro cesante por la interrupción en la ejecución del contrato caducado.

F) (Suplica el demandante en el literal d) del petitum, que se condene a la entidad a pagarle la suma que se determine como valor de las prestaciones que genera la terminación del contrato de agencia comercial, a saber, una doceava parte del promedio de las utilidades derivadas del contrato durante los tres últimos años por cada año transcurrido a partir del comienzo del mismo año en junio de 1964.

El Decreto No. 410 de 1971, creó, por primera vez, la figura de la agencia de comercio como contrato, así:

> "Artículo 1317.- Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.
>
> "La persona que recibe encargo se denomina genéricamente agente".

Por disposición del artículo 2038, ese tipo de contratos empezó a regir a partir del 27 de marzo de 1971, quedando al margen de su regulación los contratos de agencia válidamente celebrados con anterioridad. En este orden de ideas, el demandante no puede reclamar prestaciones especiales no estipuladas en el contrato de distribución celebrado con la Industria Licorera de Caldas el 26 de junio de 1964, pues para esa época no estaba contemplada la figura de la agencia de comercio.

Pero resulta que aún aceptando que el contrato suscrito en 1964 se tratase de un contrato de agencia comercial o que cualquier prestación se hubiese causado durante el corto período que transcurrió desde la vigencia del Código de Comercio (1971) hasta la terminación de tal contrato en 1972, el actor renunció a tales prestaciones, con posterioridad al vencimiento del contrato, renuncia que es jurídicamente válida , según jurisprudencia de la C.S. de Justicia. Efectivamente, en sentencia del 2 de diciembre de 1980, en el proceso de Cacharrería Mundial contra Jorge Iván Merizalde Soto y Gilberto Merizalde Uribe, dijo la Corte:

> "...la prestación que consagra el art.1324 inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez terminado por cualquier causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente."

G) En el literal 8 del *petitum*, el demandante solicita que se declare la nulidad de la cláusula décimo-novena del contrato Nº. 1056, así como la obligación a cargo de la empresa de pagarle la equitativa retribución de los esfuerzos que realizó para acreditar la marca y los productos de la Licorera en el departamento del Valle.

En la mencionada cláusula del contrato No. 1056, se pactó:

> NATURALEZA DEL CONTRATO.- El presente convenio es un contrato administrativo y por consiguiente el CONTRATISTA goza de autonomía y libertad frente a la Industria Licorera de Caldas, como CONTRATISTA independiente que es; no queda ligado a ella por ningún vínculo laboral y no tiene derecho a prestaciones sociales de ninguna clase. Así mismo, el CONTRATISTA declara que, si fuere interpretado como contrato de Agencia Comercial, en ejercicio de la facultad que consagra el artículo 16 del Código Civil, expresamente renuncia a la retribución establecida en el Artículo 1324 del actual Código de Comercio, por ser ella de carácter individual, y declara a paz y salvo a la LICORERA por este concepto sobre los contratos anteriores."

Es apenas obvio que el convenio celebrado entre el actor y el ente demandado NO es de naturaleza laboral, como quiera que carece de los elementos propios de dicha relación. De modo que la manifestación de las partes en el sentido de que el contratista no tiene derecho a prestaciones sociales de ninguna clase, es una declaración de voluntad encaminada a darle claridad al acuerdo, y en nada incide sobre el alcance y el contenido del vínculo contractual que se estudia.

De acuerdo con la definición legal de agencia comercial que contiene el Código de Comercio, el agente es un comerciante intermediario que cumple un encargo de distribución de artículos en una zona determinada y en beneficio de un empresario que asume los riesgos.

Pues bien, en el interrogatorio de parte visible a folios 60 y siguientes del Cuaderno No. 1 el actor aceptó:

1. Que adquiría los productos de la Industria Licorera de Caldas para venderlos a sus clientes (del deponente), en el Valle del Cauca.

2. Que las ventas de los licores las hacía de contado o a crédito.

3. Que al hacer las ventas directas, obraba por su cuenta y riesgo.

4. Que asumía por su cuenta y riesgo el transporte de los licores, desde Manizales hasta Cali.

5. Que no estaba obligado a manifestarle a la Licorera los nombres ni el número de las personas a quienes vendía los licores.

6. Que el precio de la venta de los licores ingresaba a su propio patrimonio.

Sobre esta materia, la Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 2 de diciembre de 1980, proceso de Eduardo González contra Ico Pinturas S.A., precisó:

> "Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al promover su venta en determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios".

Dentro de esa concepción jurisprudencial, en el caso que ocupa la atención de la Sala no se configura la agencia, pues el Contrato Nº. 1056 carece de los elementos esenciales de esa relación mercantil.

En efecto la Licorera no le confió ningún encargo al actor. Este, en el ejercicio de su actividad comercial, adquiría la propiedad de los licores que fabricaba aquélla para revenderlos, sin que la Licorera asumiera ningún riesgo.

Al no existir contrato de agencia comercial, las partes pueden pactar libremente y renunciar todos los derechos, "con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia". (art. 15 C.C.).

En consecuencia, habrá de denegarse las pretensiones contenidas en los literales d) y e) del libelo demandatorio, o sea, la tercera principal acumulada y la cuarta principal o consecuencial acumulada.

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 proferida el 23 de septiembre de 1982 por el Tribunal Administrativo de Caldas y en su lugar resuelve:

PRIMERO: No prospera la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la Industria Licorera de Caldas.

SEGUNDO: DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo,* con aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta,*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL (Aclaración de voto)

El contrato de agencia comercial puede coexistir con otros. Cuando un comerciante compra productos de otro para distribuirlos con exclusividad o sin ella, encargándose de acreditar la marca, promoviendo su difusión, prestando asistencia al comprador detallista o a su consumidor o usuario final, desarrolla actividades de agente comercial, con todos los derechos y obligaciones que de tal calidad se derivan.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DR. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Referencia: Expediente Nº. 3919

Actor : Fernando Cadavid Mazuera.

Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

La aclaración de voto en la sentencia de fecha 30 de agosto de 1990, se contrae a la adhesión que en el capítulo destinado a las consideraciones de la Sala se hace a lo dicho por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia cuando desató el proceso ordinario de Eduardo González vs. Icopinturas S.A., en donde estimó que quien distribuye artículos que se adquieran de otro y promueve su venta en determinada zona ejecuta actividad de agente mercantil.

En mi opinión tal tesis es errónea y me acompaña en esta creencia dos ilustres tratadistas antioqueños, los drs. Enrique Gaviria Gutiérrez (Lecciones de Derecho Comercial, Ed. Diké, Medellín. 1987, pág. 300 y s.s.) y Jaime Alberto Arrubla Paucar (Contratos Mercantiles, Ed. Diké, Medellín 1987, pág. 376 y s.s.), pues para ellos y para el suscrito el contrato de agencia mercantil puede coexistir con otros (v. gr. el de compra-venta, el de suministro, etc.).

Cuando un comerciante compra productos de otro para distribuirlos con exclusividad o sin ella, encargándose de acreditar la marca, promoviendo su difusión, prestando asistencia al comprador detallista o a consumidor o usuario final, desarrolla actividades de agente comercial, con todos los derechos y obligaciones que de tal calidad se derivan.

GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Bogotá, D.E., 10 de septiembre de 1990.

FALLA DE SERVICIO DEL EJERCITO

En la interpretación de la conducta de los integrantes de la fuerza pública que dispararon contra el suboficial, es inexcusable que lo hubiese hecho contrariando las órdenes superiores. El Estado tiene el deber jurídico de humanizar sus relaciones con la comunidad y, particularmente, con las personas que están a su servicio. Por lo mismo, no puede tratar con desprecio el drama íntimo de cada quien. El manejo de la interioridad de las personas no puede ser considerado por la administración como un valor insulso sospechoso. El traslado de la víctima precipitó su tragedia, la cual se habría podido seguramente evitar si sus superiores lo hubiesen valorado como persona y no como cosa, como miembro de una familia, y no como un miembro más del batallón de que hacía parte.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nº. 5694. Actor : Mercedes Estrada Mantilla y otro.

Demandado: La Nacion-Ministerio de Defensa.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver la CONSULTA de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el día veintisiete (27) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en virtud de la cual se declaró a la Nación- Ministerio de Defensa, administrativamente responsable de la muerte del Señor OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ, por las razones que precisan en el referido proveído.

Para la mejor compresión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo. En él se lee:

"Por conducto de apoderado idóneo, la señora MERCEDES ESTRADA MANTILLA en su nombre y en representación de su hija menor KAREN LORENA VELASCO ESTRADA recurren a este Tribunal a fin de obtener un fallo contentivo de las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- La Nación - Ministerio de Defensa (Ejército Nacional) es de administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a mis poderdantes como - consecuencia de la muerte violenta sufrida por el señor OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ, Cabo lo del Ejercito Nacional, a manos de militares adscritos al Batallón Caldas (2a. División 5a. Brigada) en hechos acaecidos el día 20 de diciembre de 1986 en la base Militar de Irlanda, Municipio de El Carmen, Departamento de Santander.

"SEGUNDA.- La Nación- Ministerio de Defensa (Ejército Nacional) debe pagar a la señora MERCEDES ESTRADA MANTILLA, esposa legítima del sub-oficial muerto, la indemnización por daños y perjuicios materiales, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica, o que resulte de la aplicación del Art. 107 del Código Penal.

"TERCERA:- La Nación- Ministerio de Defensa (Ejército Nacional) debe pagar a la señora MERCEDES ESTRADA MANTILLA la compensación por daños morales subjetivos en la cuantía que resulte de convertir la cantidad de un mil gramos de oro en moneda nacional, de acuerdo con la tasa de cambio que rija al momento del fallo (C.P. art. 106).

"CUARTA.- La Nación - Ministerio de Defensa (Ejército Nacional) debe pagar a la menor KAREN LORENA VELASCO ESTRADA, hija legítima del sub-oficial muerto, la indemnización por daños y perjuicios

materiales, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica, o que resulte de la aplicación del Art. 107 del Código Penal.

"QUINTA.- La Nación-Ministerio de Defensa (Ejercito Nacional) debe pagar a la menor KAREN LORENA VELASCO ESTRADA la compensación por daños morales subjetivos en la cuantía que resulte de convertir la cantidad de un mil gramos de oro fino en moneda nacional, de acuerdo con la tasa de cambio que rija al momento del fallo (C.P. art. 106).

"SEXTA:- El monto se actualizará de acuerdo al incremento sufrido por el índice de precios al consumidor y/o los intereses compensatorios de lo que sumen los daños y perjuicios, desde la fecha en que el daño se produjo hasta la fijación de la indemnización y/o intereses no inferiores al 6% anual desde la fecha en que el fallo deba cumplirse y hasta cuando el pago efectivamente se realice.

"SEPTIMA.- La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Art. 176 y 177 del C.C.A.".

"Como fundamento de sus pretensiones la demanda expone los sucesos ocurridos el 20 de diciembre de 1986 en las horas de la tarde, cuando militares de la Base de Irlanda Municipio del (sic) El Carmen de este Departamento dispararon sus armas ocasionando la muerte del cabo OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ. Afirma, que el occiso venía padeciendo de esquizofrenia y que reiteradamente había solicitado la baja para retirase a vivir con su cónyuge y su pequeña hija en Bucaramanga. Que en circunstancias que serán aclaradas procesalmente, en forma intempestiva se apoderó de un fusil y comenzó a disparar al aire. Y, que sin ofrecer realmente peligro a nadie, y sin que mediaran mecanismos de persuasión, soldados de la Base dispararon contra su cuerpo produciéndole la muerte, actitud que incluso fué objeto de reprobación por los restantes sub oficiales. Que al fallecer, dejó sin sustento económico y moral tanto a su esposa como a la pequeña hija nacida dentro del hogar.

"Jurídicamente sustenta sus peticiones la demanda en los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional.

"Aceptado el libelo introductorio se surtió la notificación respectiva al señor Secretario General del Ministerio de Defensa, quien constituyó apoderado especial para el proceso. En tal carácter, el señor mandatario judicial en escrito contestatorio asume la defensa de la Nación para oponerse a las peticiones de la demanda; porque en su criterio no se

configura la falla del servicio. Propone además la excepción de inepta demanda porque ella no cumple con el requisito exigido por el C.C.A. en su Art. 137 numeral 6). Para lograr su objetivo solicitó también la práctica de algunas pruebas.

"El proceso recibió su tramite normal, y precluída la etapa probatoria, alegaron de conclusión los apoderados de las partes. El señor representante judicial de la Nación considera que los hechos propuestos como sustento de las pretensiones de la demanda carecen de prueba en el proceso. Alega que conforme a normas que regulan la materia, las autoridades del Ejército decidieron mantener en servicio al Cabo Efraín Velasco Sánchez, no obstante los dictámenes médicos, porque tenían facultad para ello ya que la disminución de la capacidad laboral del Sub Oficial le permitían seguir sirviendo a la institución. De otra parte, afirma que en la ocurrencia de los hechos en que perdió la vida el mencionado Sub Oficial, hubo imprudencia de su parte, con lo cual se rompe el nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño ocasionado por su deceso. Y, concluye, que debido a la culpa de la víctima debidamente comprobada en el proceso penal, se ordenó cesar todo procedimiento contra los autores de los disparos.

"El apoderado de las demandantes a su vez, reitera sus conceptos sobre la responsabilidad estatal, de acuerdo al resultado obtenido con las probanzas recogidas en el proceso, las que a su juicio, señalan cómo el Cabo Velasco fué víctima de la desobediencia de algunos soldados que, sin atender órdenes superiores dispararon contra su humanidad sin que las condiciones hicieran necesario tal comportamiento.

"La Fiscalía del Tribunal después de reseñar cada una de las pruebas aportadas al expediente encontró, que no hubo comprobación sobre el estado de embriaguez del occiso Velasco Sánchez; que por el contrario, se demostró su desequilibrio mental así como la conveniencia de retirarlo del Ejercito debido a su estado de salud. Y, que hubo falla del servicio, porque la entidad ha debido separarlo de sus funciones atendiendo el concepto de la Junta Médica, precisamente en consideración a las labores tan delicadas que él debía realizar y que atañen a la seguridad de las personas en su vida, honra y bienes. En uno de los apartes de su concepto expresa la Fiscalía: "Todo lo anterior permite concluir, que la actitud violenta de los soldados no es justificable, desde ningún punto de vista, máxime que en Colombia no esta establecida la pena de muerte, y menos por hechos imputables al Estado, por su negligencia y falta de observancia de las normas legales".

" PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

"PRIMERO.- La titularidad de la acción por parte de las demandantes, señora MERCEDES ESTRADA MANTILLA Y SU MENOR HIJA

KAREN LORENA VELASCO ESTRADA quienes comparecen como cónyuge e hija del occiso OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ está demostrada con las copias de los correspondientes registros de matrimonio y de nacimiento que aparecen en los folios 6 y 3.

"SEGUNDO. El hecho relativo de la muerte violenta del cabo Primero del Ejercito OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ ocurrida el 20 de diciembre de 1986 en la vereda Irlanda, corregimiento Centenario Municipio El Carmen, está acreditado por la correspondiente acta de defunción, en copia autenticada Fl. 2.

"TERCERO.- Las causas de la muerte de OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ se establecieron en el proceso por medio de la copia de la necropsia practicada por Medicina legal, en la que la que se describen múltiples heridas con arma de fuego y se concluye, que la muerte fue a consecuencia natural y directa de laceración cerebral. Es de advertir, que en el examen del aparato digestivo no se reseña rastros de licor Fls. 74 y 75.

"CUARTO.- Se trajeron copias de la historia clínica de occiso VELASCO SANCHEZ, de cuyo contenido encuentra la Sala de que merecen resaltarse las siguientes circunstancias:

"a) Para abril de 1983, presentaba desde hacía medio año, AMAUROSIS BILATERAL. Fls 86 v.

"b) En octubre de 1984 es hospitalizado durante 63 días por presentar pérdida de fuerza en miembros inferiores. Se envía al siquiatra, por no presentar hallazgos positivos al examen físico.

"c) En el folio 31 está la copia del Acta correspondiente a la Junta Médica practicada a OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ en el hospital Militar Central Oficina Medicina Laboral -19 de diciembre de 1983. Se concluye, que sufre de neurosis de angustia, incapacidad relativa y permanente con una disminución del 12.1 por ciento para laborar. NO APTO. Que las lesiones fueron adquiridas durante el servicio, pero no con ocasión del mismo.

"d) En el folio 33 está la copia del acta del Consejo Técnico Médico Laboral en el cual se analiza el caso de VELASCO SANCHEZ OMAR EFRAIN. Se aprueban la conclusiones establecidas en el Acta de la Junta Médica.

"QUINTO.- La declaración del ciudadano HOLMAN MANRIQUE GUAJE, Sub Oficial retirado del Ejercito, y quien presenció en parte los hechos en que perdió la vida VELASCO SANCHEZ, afirma que

hallándose éste departiendo con otras personas, como un civil tomó una escopeta, VELASCO accionando un fusil comenzó a disparar al aire. Que como unos soldados habían cargado sus armas, el declarante les ordenó descargarlas y que la misma orden fué impartida por el Capitán MOJICA, ya que consideraban necesario esperar a que VELASCO terminara con la munición; pero que, algunos soldados desobedecieron (sic) las órdenes y dispararon contra el Cabo Primero OMAR VELASCO. Y, que cuando el declarante llegó al sitio era tarde porque ya aquel estaba agonizante, muriendo instantes después. Aclara, que los primeros disparos los había hecho el CABO VELASCO. Y que de oídas supo las manifestaciones del occiso de matar al Comandante del Batallón.

"Esta versión de los hechos, suministrada por una persona que se presume apta para declarar y que no tendría interés especial en el proceso, ofrece al Tribunal plena credibilidad sobre la forma como ocurrieron los hechos. De una parte no hay prueba que la demerite; y, además encuentra respaldo tanto en el acta de necropsia como en la historia clínica del occiso. De ella se infiere, que súbitamente el cabo Primero VELASCO tuvo algún trastorno que lo llevó a disparar compulsivamente y sin objetivo alguno, ya que lo hacía al aire, según afirma enfáticamente el testigo.

"y,.. que algunos soldados a su vez, víctimas del nerviosismo y en forma descontrolada dispararon repetidamente contra quien supuestamente ofrecía peligro, cegándole la vida de manera instantánea.

"SEXTO. En cuaderno separado aparece copias de las diligencias adelantadas para investigar la muerte del Cabo Primero OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ. Después de la recepción de múltiples declaraciones, el señor Comandante de Batallón de la Quinta Brigada, como Juez de Primera Instancia, en providencia del 15 de febrero de 1988, resolvió abstenerse de convocar a Consejo Verbal de Guerra a varios de los soldados incursos en la averiguación, respecto a los cuales se ordenó cesar todo procedimiento, porque el delito a ellos imputado encuentra plena justificación. Esta providencia no aparece ejecutoriada ya que admitía tanto el recurso de apelación como el grado de consulta en su defecto.

"Es de advertir que se fundamenta la decisión en las versiones dadas por varios miembros del Ejército, presentes en el lugar de los hechos. El Tribunal no analiza tales testimonios, porque ellos no llenan los requisitos exigidos por el C. de P.C. en su Art. 185, pues la Nación entidad que comparece ahora como demandada no los solicitó ni intervino mediante su representación idónea para la práctica de los mismos.

"Ahora bien, al ser evaluadas en conjunto todas las pruebas descritas anteriormente, la Sala, compartiendo el criterio de la Fiscalía de la

Corporación ha concluido que existen los presupuestos necesarios para declarar responsable a la Nación por los daños causados a consecuencia de la muerte del Cabo Primero OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ.

"En efecto, tanto el acta de la Junta Médica, como su ratificación contenida en el Concepto del Consejo Técnico Médico Laboral, permiten aseverar que el occiso no era una persona apta para desempeñar las funciones como Sub Oficial del Ejército. Estos criterios emitidos por personal científico adscrito a la Administración estatal constituyen documentos públicos y hacen plena fe de cuanto en ellos consta según lo preceptuado por el C. de P.C. en su Art. 251,252, y 264.

"En tales condiciones, siendo que se trata de una persona que venía sufriendo trastornos síquicos y que ya se advertían en él los efectos nocivos de las bebidas embriagantes, lo indicado era retirarlo del servicio. No solo en consideración a sus intereses y derechos individuales, sino por sobre todo, en aras de la protección de la comunidad, incluso del mismo ejército. Pues dadas la funciones altamente riesgosas y dedicadas que deben asumir los miembros de la Fuerzas Armadas, ellas demandan del concurso de personal altamente calificado desde todo punto de vista: físico, síquico y moral. No debe pasar inadvertido, que sobre dichos organismos descansan en parte el resto de las instituciones. Y que por tanto las condiciones de quienes laboran en la seguridad Estatal deben ostentar condiciones óptimas de salubridad; porque a ellos se encomienda precisamente la guarda del orden público.

"En el caso de estudio, aún si en gracia de discusión se acepta que el occiso atentó contra la vida de otras personas y que quienes le causaron la muerte lo hicieron en defensa de sus vidas y de las de otros, esta circunstancia en nada modifica la falla del servicio, porque se llega a la misma conclusión antes expuesta. Es decir, que atentó contra otras vidas de manera inusitada; porque no era una persona normal y como tal mal debía estar en el Ejercito. Es más; admitiendo la hipótesis de una embriaguez, la situación y el resultado serían los mismos. Porque no es lógico que la simple ingestión del licor puede desencadenar agresiones inexplicables como la protagonizada por el occiso.

"En conclusión, del acervo probatorio surge la certeza respecto de la responsabilidad estatal, pues a la obstinación de mantener en el servicio al extinto que de por sí ya era una falla, se sumó la falta de mesura de los soldados que intervinieron en el trágico acontecer, pues sin necesidad de disparar contra su humanidad hubieran podido controlar al sub-oficial en el momento que se agotara la munición del arma que accionaba.

"Ahora bien; probado como está que los autores del homicidio en comento eran miembros del ejército nacional y las demás circunstancias que

rodearon el fatal episodio, así como la legitimidad de quienes reclaman indemnización en este proceso, se debe analizar la magnitud del daño y la armonía que existía entre las pretensiones contenidas en libelo y las pruebas que respalden la decisión respectiva.

"Jurisprudencialmente se ha aceptado que tanto el cónyuge su pérstite como los hijos de la víctima son acreedores a la indemnización de los perjuicios morales que tengan relación con la falla atribuida al estado, máxime si como en el presente caso, al folio 127 del segundo cuaderno aparece constancia sobre sostenimiento del hogar por parte del interfecto.

"Pues bien, planteada así la cuestión, basta con la demostración del parentesco de las peticionarias y por tanto se debe acceder a lo pedido en la demanda, esto es, reconocer a cada una de ellas el equivalente en pesos colombianos a mil gramos de oro, por concepto de perjuicios morales (ver Anales del H. Consejo de Estado, segundo semestre de 1982 pág. 956.).

"En cuanto se relaciona con perjuicios materiales, por no haberse acreditado cuáles eran los ingresos del causante en la época de su defunción, el fallo sobre este aspecto debe ser en abstracto y al efecto se fijan las siguientes bases: Con la aplicación de la matemáticas financieras adoptadas reiteradamente por el H. Consejo de Estado, se tomarán los ingresos que resulten probados, de los cuales se descontará el 25% correspondiente a los gastos que hubieran ocasionado la manutención del señor OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ. Del 75% restante se distribuirá un 50% para la viuda un 25% para la hija hasta cuando ésta llegue a la edad de 18 años. El promedio de vida que debe tenerse en cuenta es el de la persona que tuviera más edad entre los cónyuges. Las sumas liquidadas deben ser ajustadas con la corrección monetaria y el interés respectivo, haciendo a su vez la separación entre indemnización debida e indemnización futura.

"Es de advertir, que la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada, por estimar que no se hizo la estimación razonada de la cuantía, no es procedente. En efecto, en los procesos administrativos el numeral 6o. del Art. 137 del código de la materia exige la estimación razonada de la cuantía en cuanto sea necesaria para determinar la competencia. En el sub judice, la definición de la competencia surge con claridad con la sola valoración en pesos de la cantidad de un mil gramos de oro, pues su equivalente es superior a la suma exigida para conocer del asunto en primera instancia. En efecto, tal cantidad de oro ascendía a la suma de $ 3'124.770.oo para la época de presentación de la demanda y el límite para conocer en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos, lo había fijado el Decreto 3867 de 1985 en la suma de $ 2'880.000.oo.

"En razón de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"FALLA:

"PRIMERO: Declárase infundada la excepción de inepta demanda formulada por el señor apoderado de la Nación.

"SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa de la muerte del señor OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ, por falla del servicio.

"TERCERO: Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa a pagar por indemnización de perjuicios morales a favor de MERCEDES ESTRADA MANTILLA y de KAREN LORENA VELASCO ESTRADA, esta última representada por su señora madre, el equivalente en pesos colombianos a un mil gramos de oro para cada una, según el valor que certifique el Banco de la República a la fecha ejecutora de esta sentencia.

"CUARTO: Condénase en abstracto a la Nación-Ministerio de Defensa, a pagar a favor de las personas a que se refiere el punto anterior, el valor de los perjuicios materiales que resulten probados, en posterior liquidación, conforme a las bases señaladas en la parte motiva de este proveído.

"QUINTO: La Nación-Ministerio de Defensa- dará cumplimiento a la sentencia en lo términos de los Arts. 176 y 177 del C.C.A.

"SEXTO: En caso de no ser apelada esta providencia, consúltese con el superior.". (folios 140 - 151 Cdno # 1).

- II -

CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES ANTE EL AD QUEM.

Por auto calendado el día siete (7) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), se señaló un término común de cinco (5) días para los efectos indicados en el inciso 2o del Art. 184 del C.C.A., pero no hicieron uso de él.

- III -

VISTA FISCAL

La Fiscal Séptimo de la Corporación, Dra. MARTHA LEONOR PEREZ TORRES, en su concepto de fondo, visible a folios 157 y siguientes del cuaderno Nro. 1, estudia el caso a la luz de la perspectiva que se recoge dentro del siguiente universo:

"Considera esta Fiscalía que la sentencia materia de consulta debe ser confirmada en su integridad, ya que se encuentra debidamente probada la falla del servicio, con sus tres elementos estructurales a saber: el hecho, el daño y la relación de causalidad entre el primero y el segundo.

"Es que los peritazgos médicos nos llevan a la íntima convicción de que el cabo 1o. del Ejército Nacional VELASCO SANCHEZ, estaba padeciendo perturbaciones mentales que hacían necesario su retiro de la Institución y lo cual le había disminuido en alto grado de capacidad de laborar. La conducta observada por el señor VELASCO SANCHEZ, no es más que el reflejo de su angustia neurótica. Y es más, basta leer detenidamente la declaración del señor HOLMAN MANRIQUE GUAJE, la cual no ha sido controvertida y por ende es acreedora de credibilidad, donde comenta que todo se debió al desobedecimiento de algunos soldados, que no acataron la orden del Capitán MOJICA, ya que VELASCO cogió un fusil y comenzó a disparar al aire, pero sin dirigirse concretamente a alguien, y que lo único que tenía que hacer era esperar a que éste terminara la munición ya que su afán compulsivo, debido al trastorno mental lo llevó a disparar pero sin que hiciera blanco en ningún ser humano. Cualifica su versión en el nerviosismo de los soldados, quienes creyeron que existía un peligro inminente, quienes se aprestaron a disparar contra VELASCO con las conocidas consecuencias de la muerte instantánea del mismo.

"Por lo demás conviene resaltar que en cuaderno separado obran copias de la sumaria tramitada para investigar la muerte del cabo 1o. OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ y al evacuar las diferentes versiones y demás pruebas el Juez de Primera Instancia, en este caso, el Comandante del Batallón de la Quinta Brigada, resolvió la no convocación a Consejo Verbal de Guerra a varios de los soldados convictos en la investigación, habiéndose dispuesto el cese de todo procedimiento, toda vez que de los hechos a ellos imputados encuentran plena justificación.

"Resultan hueras otras consideraciones, porque el bagaje probatorio arrimado lleva a la Fiscalía a conceptuar de manera favorable a la confirmación integral de la sentencia materia de consulta.".

-IV -CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) LA FALLA DEL SERVICIO. Para la Sala la valoración jurídica y fáctica que hizo el a quo, para dar por probada la falla del servicio, no amerita reparos de ninguna naturaleza. Dentro del informativo quedó debidamente demostrado que el cabo Primero del Ejército Nacional OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ fue muerto por varios soldados al servicio del Batallón Caldas, dentro del marco de circunstancias que relata el testigo Señor HOLMAN MANRIQUE GUAJE, que fue apreciado por el sentenciador de instancia, y que tienen también apoyo en el informe que el comandante de la Compañía Baraya le rindió al Señor Teniente Coronel el mismo día en que ocurrieron los hechos (C 2, fol. 1). En lo sustancial del mismo, se lee:

"Cuando me encontraba pasando revista de los trabajos de la vía en la volqueta conducida por el CP. DAZA OLIVELLA ATANACIO JAVIER, cuando pasaba por frente de la casa del señor HELI AMADO, salió de allí su esposa llorando y me informó que un Cabo estaba adentro borracho y formando escándalo, al entrar allí y constatar que se trataba del CP. VELASCO SANCHEZ OMAR de buenas maneras lo convencí y lo llevé o mejor lo traje hasta la Base a eso de las 13:00 horas dejándolo en el dormitorio donde en ese momento se encontraba el cabo 1o. PEÑA VALDERRAMA JAVIER retirándome a la revista que estaba haciendo y al rato regresé y estuve hablándole a VELASCO quien me decía que lo comprendiera porque ya tenía casi tres años de estar separado de la señora y que ahora lo iban a trasladar para más lejos en esa charla estuve como una hora y en esa charla salíamos de la pieza cuando de pronto se regresó tomó un fusil salió y me amenazó con esa arma la cual le fue quitada por el Teniente SUAREZ, nuevamente le manifestara (sic) que pensara bien lo que estaba haciendo y me respondió que se iba a volar pero no solo sino que antes se llevaba unos diez por delante, reaccionó un poco y me dijo que lo perdonara que era la primera vez que hacía eso, le convencí hasta que se acostó nuevamente en el alojamiento y por aparte le dije al Cabo PEÑA VALDERRAMA que escondiera el armamento y los proveedores y me retiré.

"Habiendo pasado unos 15 minutos llegó nuevamente VELASCO al kiosco de Comando, me dijo que se iba y se retiró hacia su pieza siendo seguido por mí, lo alcancé y hable con él casi otra hora y nuevamente se calmó y en presencia de los Cabos MEDINA HERNANDEZ Y PACHECO que llegaron en ese momento a la base, me pidió disculpas; se fué con el Cabo Medina a la pieza y yo me estuve en el Kiosco.

"Pasado un buen rato se oyó un disparo produciéndose desde luego la alarma y fui informado que era el cabo VELASCO y con el SS. MORALES me dirigí a averiguar a ver que era y una vez localizado nos protegimos detrás de un carrotanque, quien al vernos nos hizo varios

disparos y detrás de él salió el CP. MEDINA a tratar de calmarlo, pero VELASCO le dijo que se entrara. Después de esto entonces ya se puso a disparar en todas direcciones y se oían disparos de otras direcciones. Instantes después ya cesado el fuego se estableció que el Cabo VELASCO había fallecido y al revisar el proveedor que tenía el arma que había utilizado, le faltaban dieciocho (18) cartuchos; al averiguar que personal era quien había disparo (sic) sus armas, se estableció que a los soldados VILLAMIZAR RODRIGUEZ RICARDO y RESTREPO OCAMPO YESID les hacía falta a cada uno de a cinco cartuchos y a RIVERA GOMEZ MARTINIANO y PORRAS BAUTISTA WILSON de a dos cartuchos a cada uno.- Son testigos entre otros, los soldados RODRIGUEZ CORREA Y GARCIA TORRES.

"Dejo constancia desde ese momento que nadie impartió orden de hacer fuego contra el suboficial, toda vez que en esos momentos se presentaba difícil el control del personal y teniendo en cuenta que el Cabo disparó abiertamente contra todo el personal que se encontraba en la base. También debo agregar que después de los hechos se constató que el Cabo VELASCO había penetrado al alojamiento de otros suboficiales y de allí era que se había tomado el fusil del Cabo 1o. HERNANDEZ.":

En la interpretación de la conducta de los integrantes de la fuerza pública, que dispararon contra el Cabo Velasco Sánchez, es inexcusable que lo hubiesen hecho contrariando las órdenes del Capitán Cesar Mójica, como lo relata el declarante en antes citado. Inaceptable e incomprensible resultan también, las circunstancias particulares del caso, que muestran que antes de la tragedia la víctima estaba embriagada, pero fuera de la base, a la cual fue llevada por el comandante de la compañía, dejándolo en el dormitorio, donde le fué fácil tomar un fusil, que luego le fué quitado, para luego tomar otro, minutos más tarde y dispararlo al aire, como lo afirma el testigo en cita. Desde todas las perspectivas que se estudie el caso, la conclusión es siempre igual: la falla del servicio es incuestionable. La misma enfermedad que padecía el occiso, desde hacía varios años, ha debido determinar su retiro de la institución armada. Desde el 19 de diciembre de 1983 sufría de "NEUROSIS DE ANGUSTIA" y se había definido que no era APTO para continuar al servicio de las fuerzas armadas. Cómo se toleró esa situación que en parte muy sustancial inició el camino de la tragedia? Todo indica, finalmente, que la determinación que tomaron sus superiores de trasladarlo para Leticia, resultó, por decir lo menos, imprudente, pues sus fuerzas emocionales se desencadenaron sin control. Así se desprende del relato que hace el Comandante de la Compañía Baraya, Capitán César Mojica Maldonado, al Teniente Coronel Comandante del Batallón Caldas, el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986). El occiso se sentía solicitado en sentidos opuestos. Su esposa e hija de un lado, y la prestación del servicio del otro. Se sentía tentado a suprimir una de la antítesis. Por eso le dice a su esposa, en la carta que obra al folio 8 del cuaderno No. 1, que: "...quiero que decidas porque ya no quiero vivir

más separado o si tu quieres pido mi baja...". El estado tiene también el deber jurídico de humanizar sus relaciones con la comunidad, y, particularmente, con las personas que están a su servicio. Por lo mismo, no puede tratar con desprecio el drama íntimo de cada quien. El manejo de la interioridad de las personas no puede ser considerado por la administración como un valor insulso o sospechoso. El traslado de la víctima de Palestina a Leticia, precipitó su tragedia, la cual se habría podido seguramente evitar si sus superiores lo hubiesen valorado como persona y no como cosa, como miembro de una familia, y no como un miembro más del batallón de que hacía parte. Todas las personas deben ser tratadas con amor, pues éste, como la justicia, es una virtud social. Mas aún, es la virtud social por excelencia, sin la cual ninguna sociedad es viable, como lo enseña Ignace Leep, en su obra "La Comunicación de las Existencias", Ediciones Carlos Lohlé).

Frente a la realidad fáctica que se deja analizada, la Sala confirmará la sentencia consultada, con los ajustes de naturaleza económica que más adelante se precisarán.

B) EL DAÑO: Con el certificado expedido por el Notario del Círculo de San Vicente, que obra al folio 2o. del Cuaderno No. 1, se acreditó la muerte del Señor OMAR EFRAIN VELASCO, ocurrida el veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986). También el Acta de la Necropsia que obra al folio 74 del mismo, es demostrativa del daño. Por lo demás, no se acreditó dentro del proceso ninguna causal que tuviera la fuerza jurídica suficiente como para romper el vínculo de causalidad (fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero, etc.).

C) LOS PERJUICIOS. La Sala confirmará la condena que hizo el *a quo* al pago de los perjuicios morales, por un mil gramos de oro, para cada una de las demandantes, esto es, la esposa y la hija del occiso, los cuales se deberán pagar en la forma indicaba en el fallo que se consulta.

Confirmará, igualmente, la condena en abstracto al pago de perjuicios materiales, con la precisión de que el setenta y cinco por ciento (75%) del salario, que señala el fallador de instancia, en una de las pautas para liquidar la condena, se debe repartir así: el cincuenta por ciento (50%) para la esposa y el otro cincuenta por ciento (50%) para la hija, pero para ésta solo hasta el momento en que cumpla los dieciocho (18) años. Dentro del incidente se deberá aportar el registro civil de nacimiento de OMAR EFRAIN VELASCO SANCHEZ, con el fin de poder precisar cuál de los dos cónyuges tenía mayor edad, dentro del marco señalado por el *a quo*.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el día veintisiete (27) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del proceso del rubro, con la precisión que se ha hecho en los considerandos de éste proveído, para la liquidación de la condena en abstracto.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. ACCION DE REPARACION DIRECTA-Improcedencia. **ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ACTO DE ADJUDICACION**

En el campo de la responsabilidad no se pueden confundir las acciones, para hablar de falla del servicio cuando la causa es un acto administrativo ilegal o viceversa. De allí que no pueda caprichosamente elegir la acción y volver, por ejemplo, de reparación directa lo que es de restablecimiento. Para la Sala, la omisión en que incurrió la administración al adjudicar el contrato, sin tener en cuenta para ello el criterio " solvencia económica " exigido por el pliego de condiciones, no conformó un hecho en su estricto sentido cuestionable en una acción directa. Ella no fue más que un típico caso de ilegalidad. Si la parte demandante realmente tenía un derecho legítimamente adquirido que le fue conculcado con el acto del Consejo de Ministros, debió solicitar su nulidad y como consecuencia la indemnización de perjuicios y no acudir a una acción indemnizatoria directa artificialmente apoyada en una sedicente "omisión" configurativa de falla del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº. 5817.- Indemnizaciones. Actor : Sociedad Los Topos Construcciones Ltda.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de Enero de 1989 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

" 1º. - Declárase responsable administrativamente al Fondo Aeronáutico Nacional de los perjuicios causados a la Sociedad " Los Topos Construcciones Ltda.", con motivo del no perfeccionamiento del contrato número 5083 del 30 de Septiembre de 1985.

" 2º.- Como consecuencia de la declaración anterior el Fondo Aeronáutico Nacional reconocerá y pagará a la Sociedad " Los Topos Construcciones Ltda .", por concepto de perjuicios materiales, la suma que se establezca mediante el trámite del incidente previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y siguiendo las bases dadas en la parte motiva de esta providencia.

" 3º.- La suma liquidada ganará intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que apruebe la liquidación de la condena impuesta en esta sentencia, en caso de no pago, y comerciales moratorios del vencimiento de este término hasta su cancelación.

" 4º.- Para el cumplimiento del presente fallo dese aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

" 5º.- Deniéganse las demás peticiones de la demandada."

En la demandada, presentada el 2 de marzo de 1987 (a folio 10 vto.) se narraron, en síntesis, los siguientes hechos :

a) Que el Fondo Aeronáutico Nacional abrió licitación #014/85 para la rectificación del cauce del río Bogotá en el sector aeropuerto El Dorado.

b) Que dicha licitación fué adjudicada a " Los Topos Construcciones Ltda ." mediante la resolución 10365 de 30 de Octubre de 1.985, por valor de $ 415.170.625.oo y por considerar que era la mejor propuesta según los criterios que establece el decreto 222/83.

c) Que una vez notificada la resolución, la demandante firmó el contrato, aprestó fondos, otorgó las garantías y cumplió los demás requisitos.

d) Que enviado el contrato #5083 de 30 de septiembre de 1.985 el Consejo de Ministros, en cumplimiento de los artículos 49 y 255 del decreto

222, este organismo no lo aprobó porque al evaluar los presupuestos el FAN no ponderó el factor de solvencia económica, tal como se había indicado el los pliegos.

e) Que la acción denegatoria fué comunicada a la demandante por oficio #10671 de los mismos mes y año, suscrito por el gerente del FAN, en el que se reiteró, con base en el estudio de la secretaría jurídica de la Presidencia, que en la escogencia no se había ponderado el factor solvencia económica.

f) Que dicha falla de la administración impidió el perfeccionamiento del contrato y ocasionó perjuicios a la adjudicataria, por cuanto esta debió sufragar los costos de preparación de la oferta y los de legalización del contrato ; y porque no pudo aprovechar su capacidad operativa en otras obras, por estar en disponibilidad para ejecutar el que se le había adjudicado.

g) Que en febrero de 1.987 el director del FAN hizo públicos los motivos que tenía la administración para no emprender por el momento la construcción de las obras relacionadas con una pista paralela en el aeropuerto El Dorado,

El a-quo para tomar la decisión que se indicó al principio estimó que dentro del proceso se habían comprobado los supuestos de la falla del servicio, o sea la falla de la administración, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla. Así, consideró que esa falla consistió en no haber tenido en cuenta, dentro del proceso evaluativo de las distintas propuestas, la solvencia económica de un 15%, con lo que se desconoció el mandato contenido en el inciso 1º. del artículo 33 del decreto 222.

En uno de los apartes de este fallo, se destaca :

" Cuando la administración abre una licitación y hace un llamado a las personas interesadas en vincularse contractualmente con el Estado, la respectiva entidad asume una serie de obligaciones enderezadas a la adjudicación, celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato, así como también las asumen los participantes en la licitación hasta la etapa de adjudicación y el beneficiario hasta la ejecución y liquidación del contrato. Si la administración realiza una actuación, ejecuta un hecho u omite un acto al cual se encuentra obligada a realizar y esa actuación, hecho u omisión inciden en la realización de un acto orientado a la celebración o perfeccionamiento del contrato, en realidad se configura una falla del servicio. Esas obligaciones, por lo general, se encuentran consignadas en el pliego de condiciones que es el documento fundamental que sirve de guía a la administración y a los participantes en una licitación hasta la etapa de adjudicación y a la administración y al proponente favorecido a partir de esa adjudicación y hasta la celebración, perfeccionamiento, ejecución y aún la liquidación del contrato.

" En el caso de estudio resulta claro que la entidad contratante incurrió en una omisión, pues, como ya se anotó, procedió a la adjudicación del contrato sin evaluar previamente el factor solvencia económica de los participantes en la licitación, conforme lo exigía el pliego de condiciones y el decreto 222 de 1.983 en su artículo 33. Ahora, esa omisión dio lugar a que el Consejo de Ministros no le impartiera aprobación al contrato y que, por tanto, no se pudiera perfeccionar y ejecutar. Se presenta, pues, una falla del servicio por parte de la entidad demandada, la cual dio lugar a que el contrato se le adjudicara al demandante, sin definir que analizados todos los factores su propuesta resultara la más favorable, con la consecuencia de que el licitante favorecido se viera abocado a cumplir las obligaciones que le correspondían desarrollar en orden al perfeccionamiento del contrato. Esa adjudicación obligaba al favorecido a cumplir con todos los objetivos enderezados al perfeccionamiento del contrato y , por consiguiente, si con motivo de la falla del servicio no se pudo continuar el trámite de perfeccionamiento del contrato, sin lugar a dudas, se ocasionó un daño al proponente favorecido para el evento de que hubiese incurrido en gastos de realización de los actos de perfeccionamiento del contrato desarrollados entre el momento de la adjudicación y la del acto en la cual se terminó dicho trámite."

La reflexión precedente le sirvió de apoyo al *a-quo* para afirmar que si se hubiera efectuado dicha evaluación, la inaprobación del contrato por el Consejo de Ministros no se habría producido y en consecuencia el contrato hubiera seguido su trámite hacia el perfeccionamiento. Sobre el punto observó el tribunal:

" Si la entidad contratante hubiese evaluado el factor de la solvencia económica de los proponentes se habrían presentado estas dos situaciones con respecto al demandante en este proceso: La primera, si analizado dicho factor su propuesta seguía siendo la más favorable la adjudicación habría quedado bien realizada y, por consiguiente, por ese aspecto el Consejo de Ministros no lo hubiese improbado; la segunda, si la administración hubiese efectuado el mencionado análisis y el resultado hubiese sido el contrario, es decir que la oferta de la sociedad " Los Topos Construcciones Ltda. " no resultaba la más favorable, lógicamente el contrato no se le hubiese adjudicado a esa firma y, en consecuencia, aquella no habría adelantado gestiones y gastos para el perfeccionamiento del contrato."

Para la condena en abstracto el tribunal señaló:

" Pero como en el proceso no se demostró cual fué el valor de las primas de esas garantías, ni su pago, la condena por ese concepto, así como los gastos ocasionados por la firma del contrato, se hará en abstracto

para su liquidación incidental mediante el trámite previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y teniendo en cuenta las siguientes otras pautas:

"a.- Se determinarán y reconocerán los gastos efectuados por la demandante para realizar actos orientados al perfeccionamiento del contrato.

"b.- Las sumas establecidas como gastos se actualizarán entre la fecha en que se hubiesen hecho y la de ejecutoria de esta sentencia, de acuerdo al índice de precios al por mayor que certifique el Banco de la República.

"c.- Las sumas establecidas como gastos, sin actualizar, -Valor Histórico - devengarán intereses legales del 6% anual entre las fechas de causación y la de ejecutoria de esta sentencia.

"d.- Dentro de los gastos se determinará y reconocerá el valor de las sumas pagadas por concepto de las primas de las garantías de cumplimiento general del contrato, del anticipo, de reclamaciones laborales y de responsabilidad civil extracontractual, señaladas en los literales a), b), c), y d) de la cláusula vigésima del contrato (fls. 28 a 53, cuaderno 2)."

Descontenta la parte actora con la sentencia, la que fué parcialmente favorable, interpuso apelación. Aunque nada se dijo sobre la consulta, se entiende que el proceso se conoce igualmente en este último grado.

Cumplido el trámite de segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la fiscalía 2a. de la Corporación, el fallo recurrido deberá ser revocado para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda. De ese concepto de marzo 12 de 1.990 (a folios 145 y siguientes) se destaca el siguiente razonamiento que merece especial consideración de la Sala:

" Es claro pues que en la adjudicación del contrato en mención, fueron varias las anomalías que se presentaron como se puede apreciar de lo anotado en el documento anterior; y no fué solamente la falta de apreciación del factor llamado solvencia económica. El problema en la relación con este factor era mas grave del que parece, pues no solamente no se tuvo en cuenta al hacer la evaluación de las propuestas, sino que la sociedad Los Topos Construcciones Ltda. fué incluida en el "tercer grupo conformado por aquellas firmas respecto de las cuales se concluyó que no podían ser consideradas debido a que no ofrecían un nivel válido de aceptación, desde el punto de vista económico y financiero, con referencia a los requerimientos exigidos por la magnitud, el plazo y el

valor del proyecto ", como textualmente se dejó consignado en el concepto de la secretaría jurídica.

"Al proceso no se allegaron los estudios técnicos de las propuestas y evaluación de las mismas que procedieron a la suscripción del contrato, lo que hubiera ampliado o complementado lo dicho anteriormente. Ante la ausencia de la evaluación de las propuestas hechas por el fondo de Aeronáutica Civil, hay que admitir las observaciones que aparecen transcritas, ya que están consignadas en un documento oficial debidamente autenticado.

" De lo anotado se desprende, que en la ocurrencia del hecho que impidió la aprobación del contrato, fué determinante el proceder de la demandante. Su nivel económico no era el exigido para un contrato de la magnitud del que se pretendía realizar.

" No se trató pues de una simple omisión de la Administración al no tener en cuenta el factor " solvencia económica ", como lo quiere dar a entender la demandante. La realidad demuestra, que la mencionada sociedad carecía de la solvencia económica requerida para realizar esta clase de contratos.

" No puede pues hablarse de una arbitrariedad, o de un capricho de la Administración, o de falla del servicio, pues ajustarse a la ley y cumplir con lo ordenado en ella es precisamente lo que debe hacer la Administración; constituyendo lo anterior causa justificada, que no puede calificarse de ilegal.

" Por otra parte, no debe olvidarse lo estipulado en el art. 35 del Decreto 222 de 1.983 sobre los efectos de la adjudicación. Esta norma, en su inciso primero establece un principio general cual es, que la adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. Pero en el segundo inciso establece una condición para que opere la premisa general, cuando dice: "...Si el organismo o autoridad superior improbare el contrato por no encontrarlo ajustado a la ley, deberán adoptarse las correspondientes reformas, y si esto no fuera posible por haberse configurado una causal de nulidad absoluta, se iniciará la tramitación para celebrar un nuevo contrato, si para esto último hubiese autorización legal..."

" La misma ley está previendo la posibilidad de revisiones del proceso de adjudicación, con el propósito de evitar que se ponga en ejecución un contrato en donde no se han cumplido las exigencias de la ley. Acorde con lo anterior, el inciso final del art. 53 del decreto 222 de 1.983 prohibe la ejecución de un contrato en donde no se hayan cumplido los requisitos legales para su perfeccionamiento.

" Debe destacarse, que en el contrato de obras públicas la sola firma del mismo no lo perfecciona. Pues deben cumplirse varios requisitos posteriores para que pueda ejecutarse; así por ejemplo se requiere:

"a) registro presupuestal (art. 46 Decreto 222/83)

b) constitución de garantías (art. 48)

c) concepto favorable del Consejo de Ministros (art. 49)

d) revisión del Consejo de Estado (art. 50).

e) publicación en el Diario Oficial (art. 52)

f) pago de impuestos (art. 53).

" En el presente caso, fué justamente en la revisión que debía efectuar la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República para efecto de emitir su concepto el consejo de Ministros donde se anotó que la adjudicación del contrato se había hecho violando normas legales y las condiciones del pliego de licitación.

" El trámite anterior estaba previsto en el estatuto contractual, lo que indica que cumplir la ley no puede ser calificado de falla del servicio, como lo pretende la sociedad Actora."

Por su lado tanto la parte actora como la entidad pública demandada presentaron sendas alegaciones.

Para la Sala la sentencia deberá revocarse. Para ello, se considera:

La causa *petendi* aparece clara en la demanda tal como se desprende de su aparte final, cuyo texto reza:

" Si la Administración debía, durante el proceso de licitación, ajustar su conducta a los mandatos de los artículos 30 y 33 del Decreto Extr. 222 de 1.983, no solo por el imperativo que tales normas contienen sino por disposición de los artículos 2, 16 y 20 de la Constitución Nacional, 8º de la ley 153 de 1.887, 2 y 3 de la ley 58 de 1.982 y 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo, so pena de comprometer su responsabilidad, al no hacerlo así infringió daños, lesionó intereses de mi representada, la que, presumiendo el cumplimiento de los preceptos que obligan a los funcionarios públicos a actuar conforme a la ley, acogió la invitación a proponer e hizo oferta vinculante para ella, la cual se convirtió en una obligación al serle adjudicado el contrato por haber presentado la propuesta más conveniente para los intereses nacionales, obligación

que la determinó a incurrir en costos adicionales inherentes al perfeccionamiento del contrato y a la disponibilidad de su capacidad operativa.

" La Administración no puede después, impunemente, escudarse en sus propios errores para ignorar completa y arbitrariamente a sus leales colaboradores."

En otras palabras, da a entender la demandante que la administración incurrió en falla del servicio y comprometió su responsabilidad al adjudicarle en forma ilegal el contrato, adjudicación que la obligó a hacer los gastos relacionados con su perfeccionamiento y a mantener en disponibilidad su capacidad operativa.

Ha distinguido la jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal en Colombia dos fuentes de especial importancia, aunque no únicas, derivadas de su actividad. Por un lado, la que emana de sus actos y por el otro, la que tiene como causa sus hechos, omisiones u operaciones administrativas.

Lo enunciado permite afirmar que esa responsabilidad puede comprometerse por el acto administrativo o por los hechos u omisiones en su conducta o actividad administrativa. Así, cuando la lesión la produce el acto administrativo ilegal, la acción resarcitoria para la persona afectada será la de restablecimiento, hoy de nulidad y restablecimiento (artículo 85 del c.c.a.); y cuando a pesar de ser legal el acto causa excepcionalmente un perjuicio a un administrado (rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas) la acción tendrá que ser de reparación directa, como también lo será cuando la lesión nace de los hechos, omisiones u operaciones administrativas.

En la acción de restablecimiento citada en primer término se cuestiona el acto administrativo por cualesquiera de los motivos de impugnación establecidos en la ley, o sea se controvierte la actividad jurídica de la administración. El control así es de legalidad. Cuando el acto lesivo es legal no se cuestiona su conformidad con el orden jurídico, sino los efectos perjudiciales que produjo a una determinada persona o a un grupo de personas.

En la reparación directa por hechos, omisiones u operaciones administrativas se cuestiona la conducta administrativa así patentizada y los efectos que produjo en la esfera del administrado.

En el campo contractual pueden darse situaciones parecidas, aunque con la precisión de que aquí tendrá que tenerse en cuenta como factor determinante el contrato mismo. Por eso, fuera de los actos y de los hechos, el cuestionamiento también podrá tocar directamente con aquél. Como es obvio, entonces, en este campo los principios que gobiernan la responsabilidad aunque poseen notas especiales, presentan rasgos comunes, como que en la

esfera contractual se dan también actos administrativos y hechos u omisiones que pueden afectar la esfera de los derechos y obligaciones emanados del contrato.

Las ideas precedentes permiten entender que en el campo de la responsabilidad no se pueden confundir las acciones, para hablar de falla del servicio cuando la causa es un acto administrativo ilegal o viceversa. De allí que no pueda caprichosamente elegir la acción y volver, por ejemplo, de reparación directa lo que es de restablecimiento.

Lo expuesto permite preguntar frente al caso concreto: Cuál fué la causa del perjuicio que dice sufrió la parte actora? Fué la omisión administrativa en que incurrió la administración al adjudicarle el contrato ? O fué la no aprobación del contrato por parte del Consejo de Ministros ?

Para responder estos interrogantes, se observa:

Para la actora, la causa no fué otra que la omisión en que incurrió la administración al adjudicarle el contrato sin tener en cuenta para ello el criterio "solvencia económica" exigido por el pliego de condiciones.

Para la Sala, pese a la hábil formulación de la demanda, esa "omisión" no conformó un hecho en su estricto sentido cuestionable en una acción de reparación directa. Ella no fué más que un típico caso de ilegalidad. Los criterios para la adjudicación de una licitación son obligatorios para la administración y esa obligatoriedad nace de la ley y dentro de ésta, fuera del estatuto contractual vigente (el decreto 222 de 1.983), hay que considerar el pliego de condiciones que es, sin discusión alguna, Ley del contrato.

De allí que cuando el proceso de selección se hace con desconocimiento del mandato legal, el acto de adjudicación es anulable por violación de la normatividad que lo gobierna.

El acto de adjudicación en firme es irrevocable y crea obligaciones y derechos tanto a la administración como al contratista. Y así como no se puede revocar, tampoco es anulable por la misma administración.

Cuando dicho auto está sometido, por mandato legal, a la aprobación de un organismo superior diferente, el Consejo de Ministros, por ejemplo, su obligatoriedad habrá que entenderla en el sentido legal y con el alcance que le da el artículo 35 del decreto 222 de 1.983; o sea que " no producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos establecidos para el caso". Texto que agrega:

" Si el organismo o autoridad superior improbare el contrato por no encontrarlo ajustado a la Ley, deberán adoptarse las correspondientes reformas,

y si esto no fuere posible por haberse configurado una causal de nulidad absoluta, se iniciará la tramitación para celebrar un nuevo contrato, si para esto último hubiese autorización legal"

" Si la negativa obedeciere a razones de inconveniencia podrá iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo contrato, pero dentro de las condiciones que con dicho fin señala quien lo negó."

La norma que se deja transcrita muestra que esa aprobación es una condición para el perfeccionamiento del contrato, no la única, y señala los efectos de la adjudicación antes de dicha aprobación. En otros términos, la adjudicación antes de que ésta se produzca no obliga a las partes sino a cumplir los demás requisitos para el perfeccionamiento del contrato, pero no más.

Así, no podrá alegar el adjudicatario que por el sólo hecho de haberlos cumplido tendrá que aprobarse el contrato, por que la competencia del organismo superior no se reducirá a la simple constatación de que se cumplieron tales requisitos, sino que debe evaluar no sólo la conveniencia sino la legalidad del proceso selectivo como un todo. No otro puede ser el alcance del artículo 35 del decreto 222.

En cambio, cuando el acto de adjudicación no requiere aprobación de un organismo superior, su ejecutoria lo hace irrevocable y obligatorio tanto para la entidad como para el adjudicatario. Tanto es así que el incumplimiento de los proponentes los hará responsables en los términos del artículo 36 *ibídem*.

Como se infiere también del artículo 35 mencionado atrás, el superior puede aprobar o improbar el contrato. Si lo aprueba y se cumplen los demás requisitos para su perfeccionamiento, el contrato será ley para las partes y deberá cumplirse, en los términos convenidos, so pena de responsabilidad para la parte incumplida en favor de la que sí cumplió o se allanó a cumplir.

Si lo imprueba por razones de ilegalidad, subsanables por no constituir la informalidad nulidad absoluta, deberán adoptarse las correspondientes reformas; si la improbación obedeciese a motivos configurativos de esa nulidad, el contrato quedará sin validez alguna y deberá iniciarse el trámite para celebrar un nuevo contrato.

No obstante lo dicho, en el evento de improbación por nulidad absoluta, podrá el adjudicatario pedir la nulidad del acto del Consejo de Ministros si considera que no se da tal motivo y pedir como restablecimiento que se le imparta aprobación o se le indemnicen los perjuicios que esa negativa le produjo. Y esto fué lo que debió hacer la parte demandante. Si ella realmente tenía un derecho legítimamente adquirido que le fué conculcado con el acto del Consejo de Ministros, debió solicitar su nulidad y como consecuencia la

indemnización de perjuicios y no acudir a una acción indemnizatoria directa artificialmente apoyada en una sedicente "omisión" configurativa de falla del servicio.

Pero, aquí se pregunta la Sala: porqué no buscó la vía adecuada si consideraba que la adjudicación había sido legal y que la suya era la mejor propuesta ?

El acervo probatorio da la respuesta: el acto de adjudicación había quedado viciado de nulidad al haber omitido la administración la aplicación de uno de los criterios señalados por la Ley y el pliego de condiciones, cual fué el de la solvencia económica del contratista; criterio que tiene consagración legal expresa (artículo 33 del decreto 222) y que para el caso concreto, dada la magnitud de la obra y su cuantía, se hacía aún más importante.

El punto lo destaca bien la fiscalía cuando afirma que " no se trató pues de una simple omisión de la administración al no tener en cuenta el factor "solvencia económica", como lo quiere dar a entender la demandante. La realidad demuestra, que la mencionada sociedad carecía de la solvencia económica requerida para realizar esta clase de contratos."

Para finalizar, se observa:

La sin razón de la parte actora se puso de presente. Pretendió obtener ventajas de una adjudicación ilegal que se le hizo, como si esa adjudicación hubiera constituído un derecho adquirido. Pero olvidó que los derechos que merecen la protección constitucional son solo los adquiridos conforme a la ley.

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía segunda de la Corporación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase en todas sus partes la sentencia de 19 de enero de 1.989 y en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 30 de Agosto de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta P, Gustavo De Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate; Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA. Decomiso. **PERJUICIOS MATERIALES. PERJUICIOS MORALES**

El actor tuvo que pagar bodegajes que naturalmente tendrán que serle reembolsados por el ente administrativo que incurrió en la falla del servicio que a su vez dio lugar a que dicha suma saliera del patrimonio del perjudicado, con sus correspondientes intereses; además se reconocerá el valor que tuvo que pagar por el arrendamiento que contrató de un vehículo que reemplazara al retenido, debido a la misma falla del servicio. En cuanto a perjuicios morales, es evidente que una persona se ve afectada en su honor cuando oficialmente se duda de su integridad y se le somete a una investigación penal por presumirse que ha incurrido en un delito, así éste no sea de carácter criminal sino aduanero, es decir puramente legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente N^{o}.5705 Actor : Rubén Antonio Barrera González

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 31 de enero de 1.989 proferida por el Tribu-

nal Administrativo del Cauca por la cual no se accedieron "a las peticiones de la demanda". (fls. 130 a 137, C. 1).

I.- ANTECEDENTES:

1º. Mediante demanda presentada el 14 de julio de 1989 el señor Rubén Antonio Barrera González, solicitó que se declarará "que la NACION (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) es administrativamente responsable de los perjuicios materiales causados ... por el decomiso ilegal de la camioneta de su propiedad marca Toyota, Land Cruiser SDR, modelo 1.982 color beige, motor SF-5712, según hechos ocurridos el día 16 de septiembre de 1985 en la ciudad de Popayán" y que como consecuencia de lo anterior se condenara al ente demandado al pago de los perjuicios materiales y morales inferidos. (fls. 20 y 21, C. 2).

2º. Los hechos, causa *petendi* de tales pretensiones, pueden resumirse así: El demandante transitaba por la carretera que de Cali conduce a Popayán, en la camioneta de su propiedad (que es la misma citada en el petitum) y a la altura de la población de Tunja, la Policía Nacional se la decomisó porque carecía de una placa y le fué devuelta con el compromiso de prestar el vehículo ante el comando de la policía de Popayán cosa que hizo el actor el 17 de septiembre de 1985, cuando se lo decomisaron, arguyendo que poseían una marconigrama en donde constaba que había problema con los papeles. La Policía Judicial de Popayán había solicitado información sobre el Manifiesto de Aduanas a la ciudad de Barranquilla y no a la de Cartagena (por donde se había importado el automotor), razón por la cual la respuesta fué errada. Esta falta de cuidado de la Policía Judicial al solicitar la información a una ciudad diferente a la que correspondía, generó el error que trajo como consecuencia la retención de la camioneta así como la iniciación de un proceso por el Juzgado Primero Superior de Cali por presunto delito de contrabando, en el que el actor fué indagado y el que terminó con cesación de procedimiento en su favor. Todo lo anterior le causó inmensos perjuicios al sr. Barrera González consistentes en gastos de profesionales y arriendo de vehículo que tuvo que contratar por razón de sus negocios en varias partes del país así como los morales por haberse visto sometido a una investigación penal "a la que no estaba obligado a sufrir" (fls. 21 a 22, C. 1).

3º. Cumplido el trámite de rigor, el Tribunal Administrativo del Cauca le dio término al proceso en la forma atrás anotada, decisión que fundamentó en las consideraciones que se sintetizan así:

a) En primer término el a-quo enumera las siguientes pruebas que obran en el expediente, solicitud cablegráfica del jefe de la Sijín, en el Departamento del Cauca al jefe de la Sijín Barranquilla pidiéndole "colaboración fin envío historial completo registren Placas RE-57-12 (las del vehículo del actor)

incluyendo nombres direcciones propietarios Nº. manifiesto aduana fecha puerto entrada Nº. factura compra nombre casa vendedora, sí existen traspasos indicar fechas años nombres direcciones completas de las personas que lo han efectuado punto. Urge respuesta se adelanta investigación. (fl. 93, C. 1).

Con fecha 17 de septiembre de 1985, el Jefe de la Sijín (Cauca) envió un oficio al Juez Superior de Aduanas de Cali (Reparto) poniendo a su disposición la camioneta retenida al actor en este proceso, expresándole que "Realizaba la respectiva investigación se confirmó que el manifiesto aduanero 21304 fechado 15 de diciembre de 1983 y mediante poligrama Nº. 0599 se estableció que este número de manifiesto ampara la nacionalización de una unidad cargamento comercial de un intercambio de temperatura para producción de ácido (sic) nítrico ..." y agregó que "por lo que se presume el automotor sea de ilegal importación al parecer delito de contrabando, rindo el presente informe como complemento a mi número 2145 fechado septiembre 16 de 1985, anexo copia de la copia del inventario del mencionado rodante fechada septiembre 16 de 1985" (fl. 88, C. 1).

El Comandante del Departamento de Policía-Cauca, manifestó al Tribunal Administrativo del Cauca que "el vehículo marca Toyota, clase camioneta, color beige, modelo 1.982, motor 2F773048, chasis FJ60-086234, placas RE-5712, fue inmovilizado con fecha 21 de junio de 1.985, por Unidades adscritas a la Policía Vial y fué entregado a su propietario, el día 5 de julio del mismo año.

"Con fecha 12 de septiembre de 1.985, fue inmovilizado nuevamente y puesto a disposición del juez Superior de Aduanas de la ciudad de Cali, con fecha 17 de septiembre de 1.985" (fls. 86, C. 1).

Menciona también el Tribunal que existe una constancia suscrita por el Secretario general del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico sobre permiso solicitado por "los señores IMPORTANDO y TRANSPORTANDO" para que el mismo vehículo del actor, transite con una sola placa "EN REPOSICION POR PERDIDA", el cual fué otorgado. En esta constancia, luego de describir la clase de vehículo, la marca, modelo, tipo de carrocería, color, número de motor, número de serie, número de puertas y capacidad, se indica. Manifiesto de Aduana Nº. : 21304. Puerto de Entrega: Cartagena. Fecha de Trámite: Diciembre 15 de 1.983 ..." y que el permiso se expide en diciembre 28 de 1.984 con fecha de vencimiento a julio 30 de 1.985".

En seguida, el Tribunal *a-quo* transcribe apartes de la providencia del Tribunal Superior de Aduanas de fecha 23 de septiembre de 1.986, confirmatoria de la proferida por el Juez Primero Superior de Aduanas de Cali, por la cual se declaró que el hecho imputado al autor no ha existido, se

ordenó la cesación de todo procedimiento contra él, se declaró que el vehículo no era de contrabando y se dispuso que le fuera entregado, en donde aparece el relato que el sr. Barrera González hizo en su indagatoria acerca de la circunstancias en que ocurrió la retención de la camioneta, que cuando ello ocurrió explicó a la Policía que le hacía falta una placa que se le había perdido, que la tarjeta de propiedad se la habían robado, que tenía copia del denuncio que tales hechos, que no había tenido tiempo de ir a Barranquilla a tramitar los papeles a su nombre, pues figuraban a nombre de Importando y Transportando Ltda., pero que viajaría a dicha ciudad para arreglar el problema, como en efecto lo hizo, que en esos días, antes de llegarle "los papeles" le entregaron el vehículo en depósito debiendo presentarse con él "a los quince o veinte días", y que cuando así lo hizo "me dijeron que no me la podían devolver porque tenía problemas con los papeles ...". En la misma providencia se dice que el sindicado aportó la certificación expedida por el Jefe de Archivo y Documentos del Instituto Departamento de Transportes y Tránsito del Atlántico "haciendo saber que la hoja de vida del vehículo de placas RE "corresponde a la camioneta retenida al sindicado (el actor en el proceso contencioso administrativo) y que "Por las vías legales se allegó al informativo la copia del manifiesto de importación Nº. 21304 de 15 de diciembre de 1.983 que ampara cuatro camionetas Toyota ... entre las que aparece la distinguida con la serie FJ60-086234, motor 2F-773048 importadas por R. Buitrago y Cía Ltda." También pone de presente el Tribunal a-quo que el auto de la Justicia Penal Aduanera menciona que el Jefe del Departamento Legal del Instituto Departamental de Transito y Transporte del Atlántico con sede en Barranquilla, " remitió fotocopias autenticadas del historial del rodante, donde aparecen entre otros, la inscripción inicial a nombre de Importando y Transportando Limitada y posterior traspaso a Rubén Antonio Barrera González, debidamente autorizado".

Por último, el *a-quo* menciona dentro de las pruebas allegadas, que al folio 100 "obra copia del manifiesto, según el cual el vehículo Toyota a que se refiere este expediente fué importado con destino a Barranquilla".

b) Luego de la enumeración probatoria que se ha reseñado, expresa el a-quo que "La inmovilización del vehículo de propiedad del demandante por la Policía, desde el 21 de junio de 1.985 hasta el 5 de Julio de ese año y posteriormente desde el 12 de Septiembre de 1.985 hasta el 17 de Septiembre de ese mismo año en que (sic) fué puesto a disposición del Juez Superior de Aduanas de Cali (fls. 86), quien ulteriormente en providencia de 14 de Abril de 1.986 declaró que no era de contrabando y dispuso su entrega al propietario demandante (fls. 7 a 9), decisión confirmada por el Tribunal de Aduanas en providencia de 23 de Septiembre de 1986 (fls. 10 a 13), con los perjuicios del caso, es el hecho presentado como generador de la responsabilidad estatal".

Sin embargo, agrega el Tribunal "una cosa es la presentación que hace obviamente el interesado y otra la realidad, como pasa a esclarecerse", y

entonces expresa que en su concepto la Policía Vial al retener el vehículo del demandante cumplió con sus obligaciones y deberes de prevención pues aquél circulaba con una sola placa y su conductor no portaba la tarjeta de propiedad. "Además las explicaciones del demandante en relación con el lugar donde adquirió el vehículo -Barranquilla- y de no haber tenido tiempo de ir a esa ciudad por los papeles, daban margen para alertar a la Policía y sospechar de quien hacía esas aseveraciones...", a lo cual se agregó "que el Jefe de la Sijín de Atlántico informó a la Policía del Cauca que el manifiesto de aduanas (sic) de Barranquilla Nº. 21304 no amparaba la nacionalización del vehículo sino la unidad de un intercambiador de temperatura ...", añadiendo que de acuerdo con el Decreto 1344 de 1.970" ningún vehículo podrá transitar en el territorio nacional sin estar debidamente inscrito y tener licencia y sin portar placas ...", todo lo cual lo llevó a concluir que "el demandante propietario estaba en situación de contravención de la Ley y fue esa la causa que originó todo el operativo investigativo" en primer término por la Policía y después por el funcionario competente de la rama jurisdiccional. La tardanza relativa en la definición penal es propia del procedimiento y de la congestión en los despachos judiciales del país pero la Sala piensa que el cumplimiento de los deberes legales en ejercicio de funciones propias, sin exceso, no puede ser motivo para la prosperidad de una acción de reparación directa ...", por todo lo cual falló no accediendo, según se anotó, a las peticiones de la demanda.

4º. Inconforme con la decisión, la parte actora apeló pues considera que la falla de servicio se produjo por la falta de cuidado de la Policía al haber solicitado información a Barranquilla "sobre la veracidad del manifiesto de importación Nº. 21304 de 5 de Diciembre de 1.983" cuando ha debido hacerlo a la de Cartagena, para lo cual se apoya en lo expresado por el Tribunal Superior de Aduanas. Agrega que en el proceso se demostraron también los perjuicios que la citada falla administrativa causó. En su alegato de conclusión de segunda instancia ratificó lo expuesto.

5º. La Fiscalía 7a. de esta Corporación en su vista de fondo, luego de transcribir los hechos de la demanda y lo demostrado y decidido por el a-quo, en el capítulo que tituló "CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA" estima que tanto la falla del servicio como los perjuicios aparecen demostrados, por lo cual estima que "la sentencia del Tribunal debe ser revocada para en su lugar, declarar responsable a la Nación-Policía Nacional ... y condenarla a pagar los perjuicios materiales comprobados ..."

Sobre la falla del servicio dice el colaborador fiscal: "El decomiso del vehículo efectuado el 21 de junio de 1.985 fue originado en el descuido del interesado quien no portaba tarjeta de propiedad del mismo ni lo conducía con las dos placas reglamentarias. Esta situación aparece plenamente demostrada en el *sub-judice* y aceptada por el mismo demandante, por lo cual la Fiscalía no se detiene en mayores estudios al respecto.

"El decomiso que debe analizarse en el efectuado por la autoridad el 12 de septiembre de 1.985. De acuerdo con los documentos que aparecen en el informativo, la autoridad de policía del Cauca, a raíz del decomiso practicado el 21 de Junio de ese año, solicitó a la policía del Atlántico su colaboración para que averiguara la procedencia, historial, etc., de las placas de la camioneta Toyota decomisada y de la forma en que (sic) había entrado al país; en tal sentido se enviaron los poligramas que aparecen a folios 93 a 96. El Jefe Sijín (sic) de Atlántico hizo las averiguaciones correspondientes y contestó: "NR. 0599/SIJIN/C997/ REFIEROME SU NR. 0990 MANIADUANA 21304 AMPARA LA NACIONALIZACION DE UNA UNIDAD CARGAMENTO PARCIAL DE UN INTERCAMBIADOR DE TEMPERATURA PARA PRODUCCION DE ACCIDO (sic) NITRICO FABRICADO EN ACERO INOXIDABLE IMPORTADOR AMONIACO DEL CARIBE S.A. DE CARTAGENA AGENTE DE ADUANAS ALCENAR S.A. DATOS EXTRACTADOS POR AG. CALERO PUNTO" (folio 92) esa información obrada (sic) en poder de la policía del Cauca cuando le fue presentada nuevamente la camioneta con los papeles que figuran en los anexos enviados con los documentos mediante los cuales se puso a disposición del Juzgado Superior de Aduanas (reparto) (folios 88 y 89) el automotor.

"De lo anterior se deduce que cuando el vehículo fue presentado a las autoridades éstas podían cotejar los papeles aportados con los datos que tenían a la mano y verificar que entre los dos había una inconsistencia porque mientras los poligramas se originaban en el Atlántico los papeles demostraban que el vehículo había ingresado al país por Cartagena y por lo mismo el manifiesto que lo amparaba no podía ser de la Aduana de Barranquilla. La consecuencia, entonces, no era enviar la camioneta al Juzgado Superior Aduanero sino investigar en la Aduana de Cartagena para establecer si el número de manifiesto amparaba el vehículo".

Y en cuanto a los perjuicios expone el sr. Fiscal que se halla plenamente demostrado que "el demandante pagó por concepto de bodegaje e intereses la suma de $606.240.00 a Almagrario (folio 8 del cuaderno de pruebas) por el tiempo de decomiso de la camioneta" y que en cuanto a los cánones de arrendamiento de un vehículo que el actor se vio obligado a contratar, el documento privado que éste aportó "no puede ser tenido en cuenta en el juicio según lo previsto por el Art. 25 de la ley 2ª de 1976" pero que "como a folios 5 y 7 del cuaderno de pruebas aparece el testimonio del señor Tomás Campiño, quien declara que arrendó un vehículo al demandante para reemplazar la camioneta decomisada, sin establecer el monto del contrato o de los pagos recibidos por tal concepto, es necesario tomar la mencionada declaración como un principio de prueba para que se condene al pago en forma genérica y se ordene la práctica de una liquidación incidental según lo prevé el Art. 172 del Decreto 01 de 1984".

"Respecto del lucro cesante, cuya determinación se solicita (se refiere la fiscalía al perjuicio alegado por el actor por "los viajes de manera permanente a la ciudad de Cali a atender la investigación penal; con el consiguiente abandono de su labor profesional en las diferentes empresas que gerencia"), el Despacho observa que no fue demostrada la destinación del automotor al negocio del cual provenían los ingresos del demandante, por lo cual no se comprueba la disminución de tales ingresos, como consecuencia de la falla del servicio y, por lo mismo, deben denegarse.

"Sobre los perjuicios morales alegados, se deben precisar (sic) que el análisis del sub-judice y, en especial de la actuación de las autoridades, no se infiere la existencia de un daño moral causado al demandante, tal como lo exige la jurisprudencia para entrar a considerar la posibilidad de determinar esta clase de perjuicios ..."(fls. 159 a 164, C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1º. Es evidente, para la Sala, que en el caso de autos se presenta con características muy claras una falla en el servicio, que ocasionó unos perjuicios, que por consiguiente deben ser indemnizados.

En efecto, la policía nacional, en ejercicio de las funciones que le correspondían detuvo en una carretera, la que une las ciudades de Cali y Popayán, al conductor de un vehículo por transitar éste con una sola placa, luego se encuentra con que el mismo conductor no posee los documentos reglamentarios que acrediten quien es el propietario del automotor y como por la clase o tipo de este conoce que se han presentado casos de contrabando de los pertenecientes a esa clase o tipo, lo retiene y luego lo devuelve con la obligación de presentarlo luego a la misma policía en la ciudad de Popayán junto con los documentos que se habían echado a ver (junio 25 a julio 5 de 1.988). El conductor cumple en ese lapso con la exigencia de la autoridad y se presenta un documento expedido por el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico en donde consta que el vehículo "Luego de haber llenado los requisitos exigidos por el Intra Nacional y los del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito", "se le concede permiso" para transitar con una sola placa (la número RE-57-12) y se especifican las características del mismo señalando además, que estaba amparado con el "Manifiesto de Aduana Nro.: 21304" y como "Puerto de Entrada: Cartagena. Fecha de Trámite Diciembre 15 de 1.983" (fl. 99, C.1).

Con fecha 24 de junio de 1.985 el Comandante Jefe de la Sijín del Departamento de Policía del Cauca dirige, entonces, comunicación a la misma comandancia de la Sijín, pero en Barranquilla, mencionando únicamente el número de placa del vehículo y pidiendo colaboración para que se enviara al remitente el historial completo del mismo (propietario, número de manifiesto

de aduanas, fecha, puerto de entrada, etc.), y luego, con fecha 27 del citado mes y año, dos más, al mismo destinatario, la una en iguales términos generales de la primera y la otra pidiendo confirmar con la Dirección de Adunas de Barranquilla, la clase de vehículo que ampara el manifiesto Nº. 21304 fechado el 15 de diciembre de 1.983 (copia de la primera obra a fl. 94 y de las dos últimas a fls. 93 y 96). La de folio 93 es la transcrita por el a-quo en su fallo con fecha 25 de julio de 1.985 el Jefe de la SIJIN del Departamento del Atlántico contestó, como lo relató el Tribunal a-quo, que el manifiesto 21304 amparaba la nacionalización de un intercambiador de temperatura para la protección de ácido nítrico y su importador. (fl. 92, C.1).

El 16 de septiembre de 1.985 el mismo Comandante de la Sijín del Departamento de Policía del Cauca informa al "Señor Doctor, ADUANA INTERIOR CALI" que deja a su disposición y en las instalaciones del Fondo Rotatorio de Aduanas "el vehículo de las siguientes características marca toyota (sic) ... placas RE-57-12, es decir, el mismo retenido al actor, agrega que "Hecha la respectiva investigación se confirmó el manifiesto número 21304 fechado 15 de Diciembre de 1.983 y mediante poligrama Nro. 0599 se estableció que este número de manifiesto ampara la nacionalización de una unidad ... de un intercambiador de temperatura ..." y concluye "Visto lo anterior se presume que el automotor es de ilegal importación y existiendo violación de los decretos aduaneros al parecer delito de contrabando ..." (fl. 89, C. 1). Al día siguiente (17 de septiembre de 1985) el mismo funcionario dirige un oficio al Juez Superior de Aduanas de Cali (Reparto) en donde le expresa que deja a su disposición el mismo vehículo y le repite lo relativo al manifiesto de aduana y la presunción de ser el automotor" de ilegal importación al parecer delito de contrabando ..." (fl. 88, C. 1).

Se inició, entonces, por la jurisdicción aduanera el proceso del caso, en la cual apareció como sindicado el sr. Rubén Antonio Barrera González, la cual terminó con auto del 14 de abril de 1.986 del Juez Primero Superior de Aduanas de Cali, declarando la inexistencia del delito de contrabando, ordenando la cesación de todo procedimiento contra el sr. Barrera González y disponiendo la entrega del vehículo al mismo, providencia que fué confirmada, por auto del 23 de Septiembre del mismo año, por el Tribunal Superior de Aduanas. (fls. 6 a 13).

El citado Tribunal, en los considerandos de su providencia, anota que hubo "Falta de cuidado por parte del personal de la Policía Judicial al requerir información sobre la veracidad del manifiesto de importación Nº. 21304 de 15 de Diciembre de 1.983 dio origen al presente proceso, ya que solicitó ese dato a la aduana de Barranquilla, cuando en realidad correspondía a la de Cartagena". El expediente correspondiente a dicho proceso regresó al Juzgado de origen el 27 de octubre de 1.986, (fl. 13 vto.) fecha en la cual el sr. Becerra pagó la suma de $606.240.00 por concepto de bodegajes (fls. 15 y 16, C. 1) y al día siguiente recibió el vehículo (fl. 17).

Así las cosas, resulta evidente, como lo advierte la Fiscalía de esta Corporación, que la autoridad policiva incurrió en una evidente falla en el servicio, pues si bien su actividad de vigilancia y prevención estuvo bien encaminada cuando en el mes de Junio retuvo el vehículo, no lo estuvo cuando en el mismo mes realizó las diligencias investigativas sobre el origen del automotor pues, a pesar de tener en su poder un documento que le permitía saber que el manifiesto de aduana Nº. 21304 que decía ampararlo correspondía a Cartagena, las averiguaciones tendientes a esclarecer qué mercancía amparaba las encaminó a la Aduana de Barranquilla, de tal suerte que obtuvo una información errada sobre la clase de bien importado.

Esa falla llevó entonces al largo proceso que culminó con la retención del vehículo por el largo espacio de tiempo comprendido entre el 16 de Septiembre de 1.985 y el 27 de Octubre de 1.986. No cumplió, entonces, la administración policiva con su obligación de amparar los bienes de las personas residentes en Colombia, que encuentra su fundamento en el artículo 16 de la Constitución Política, ya que con mediana diligencia y cuidado hubiera podido evitar lo ocurrido, si investiga sobre el verdadero manifiesto de aduana.

No puede afirmarse como lo hace el Tribunal *a-quo* que el actor dio lugar a la falla al circular con una sola placa y sin la tarjeta de propiedad del vehículo y al explicar que lo había adquirido en Barranquilla, porque, ocurrida la primera retención en el mes de junio de 1.985, presentó el permiso de tránsito con esa sola placa, en donde se especificaba el número del manifiesto de importación, el puerto de entrega y la fecha de trámite. Ante esto, se pregunta la Sala, cómo puede hacerse tal afirmación?

Que la que el Tribunal llama "tardanza relativa en la definición penal" sea "propia del procedimiento y de la congestión en los despachos judiciales del país", no excusa lo ocurrido, pues en el sub-lite no está juzgando esta circunstancia, sino que se está definiendo es si hubo o no una falla del servicio en el hecho administrativo que dio precisamente lugar a que se pusiera en actividad dicho procedimiento, falla que, por lo expuesto, ciertamente se presentó. Si la autoridad policiva no hubiera cometido el error en que incurrió y que ninguna de las pruebas aportadas justifica, ese procedimiento investigativo de la jurisdicción penal aduanera no hubiera sido necesario y no se hubieran ocasionado los perjuicios que se causaron.

2º. En cuanto a los daños ya se mostró cómo el actor tuvo que pagar bodegajes en cuantía $606.240.00, que naturalmente tendrán que serle reembolsados por el ente administrativo que incurrió en la falla del servicio que a su vez dio lugar a que dicha suma saliera del patrimonio del perjudicado, con sus correspondientes intereses.

El actor, solicita, igualmente que se le reconozca el valor que tuvo que pagar por el arrendamiento que contrató de un vehículo que reemplazara al

retenido, debido a la misma falla del servicio ya anotada. Para acreditar esta erogación, el actor presentó copia simple, es decir no auténtica, del documento contentivo de dicho contrato, celebrado con el sr. Tomás Campiño B. (fl. 18, C. 1), quien en declaración rendida ante el magistrado conductor del proceso reconoció su firma y contenido (fls. 5 y 6, C. 2).

De lo anterior surge que el sr. Barrera González:

a) Tomó en alquiler un vehículo del sr. Tomás Campiño el 24 de Septiembre de 1.985 y hasta cuando obtuvo la devolución del de su propiedad retenido, o sea hasta el 27 de Octubre de 1.986.

b) Que pagó como canon diario la cantidad de $3.500.00

c) Que el arriendo tuvo su causa en la retención que de su vehículo se hizo al sr. Becerra, por todo lo cual es evidente que con ello sufrió un daño patrimonial, que debe reconocérsele.

El Ministerio Público en su vista de instancia ante esta Corporación al tiempo que reconoce el perjuicio inferido por este concepto, según se vio, conceptúa que no está establecido "el monto del contrato o de los pagos recibidos por tal concepto" aún cuando si "es necesario tomar la mencionada declaración (la del sr. Campiño) como un precio de prueba para que se condene al pago en forma genérica ...". Sin embargo, aparentemente, la Fiscalía no cayó en cuenta que en dicha declaración, según se anotó, el arrendador reconoció la firma y contenido del documento y además dio razón de las circunstancias de modo, lugar y tiempo de lo por él relatado, no habiendo motivo para dudar de la veracidad de su dicho, aparte de que existen elementos suficientes para la cuantificación del perjuicio, de tal forma que la condena a su pago se hará en concreto.

Alegó también el actor haber sufrido daño en sus negocios por razón de "viajes de manera permanente a la ciudad de Cali a atender la investigación penal, con el consiguiente abandono de su labor profesional en las diferentes empresas que Gerencia" así como por el pago hecho en cuantía de $550.000.00 al abogado que lo representó en el proceso por contrabando, pero sobre estos particulares no aportó prueba alguna, de forma que no se accederá a las peticiones respectivas.

Las sumas relativas a las condenas por bodegajes ($606.240.00) y por cánones ($1.274.000.00; $3.500.00 en 396 días) se actualizarán, como fué pedido en la demanda) con aplicación a la fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

en donde Vp será la cantidad actualizada a pagar; Vh la suma total de $1.934.240.00; Indice final el correspondiente al índice de precios al consumidor de ingresos medios, certificado por el Dane, para el mes de Octubre de 1.986. Sobre el valor histórico de $1'934.240.00 se pagarán intereses a la tasa del 6% anual, sin que en ningún caso se liquiden intereses.

3º. El actor demandó igualmente el reconocimiento de perjuicios morales por cuanto "se vio sometido a una investigación de carácter penal a la que no estaba obligado a sufrir". (fls. 22, C. 1).

El perjuicio moral, se sabe, es el daño que se infiere a una persona por el acto ilícito -es decir, el contrario a la ley- de otra y que afecta bienes no patrimoniales de la primera, tales como su integridad física y su honor o los mismos de su familia y los cuales, acepta la jurisprudencia, se presumen respecto de la persona misma que los sufre o de sus padres, cónyuge e hijos.

Es evidente que una persona se ve afectada en su honor cuando oficialmente se duda de su integridad y se le somete a una investigación penal por presumirse que ha incurrido en un delito, así éste no sea de carácter criminal sino aduanero, es decir puramente legal.

La misma jurisprudencia tiene aceptado que siendo en la práctica imposible la evaluación de esta especie de perjuicios su cuantificación queda sometida al arbitrio judicial, que en la jurisdicción contenciosa administrativa se calcula en el equivalente en pesos de gramos oro vistas las circunstancias que rodearon el caso sub-lite tal perjuicio moral lo fijará la Sala en el equivalente a cien gramos oro.

Por las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en acuerdo parcial con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de fecha 31 de enero de 1.989 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de la referencia y en su lugar se resuelve:

Primero: Declárase a la Nación-Policía Nacional responsable por los perjuicios causados al señor Rubén Antonio Barrera González por la retención contraria a la Ley del vehículo de su propiedad marca Toyota, modelo 1.982, motor Nº. 2F-773048, chasís número de serie FJ-60-086234, distinguido con las placas RE-5712, según hechos ocurridos el día 16 de Septiembre de 1.985 en la ciudad de Popayán.

Segundo: En consecuencia, condénase a la citada entidad a pagar al señor Rubén Antonio Barrera González, portador de la cédula de ciudadanía Nº. 3.280.403 de San Martín (Meta), la suma de UN MILLON NOVECIENTOS TREINTA Y CUANTRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS (1'934.240.00) por concepto de perjuicios materiales. Esta suma se actualizará con aplicación de la fórmula de que trata el numeral 2º. del Capítulo II. Consideraciones, de este proveído. Sobre el valor histórico de un MILLON NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS ($1'934.240.00) pagarán interés legal del 6% anual, en el lapso comprendido entre el 27 de Octubre de 1.986 y la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Tercero: Condénase, igualmente, a la entidad demandada (la Nación-Policía Nacional) a pagar al sr. Rubén Antonio Barrera González, portador de la cédula de ciudadanía citada, la equivalencia en pesos de la cantidad de cien gramos oro, de acuerdo con el valor que para el gramo oro certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta misma providencia.

Cuarto: Las condenas que aquí se tratan se entienden en concreto y su pago deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, pero sin que haya lugar a pagar intereses de intereses.

Quinto: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen, una vez ejecutoriado este proveído.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 30 de agosto de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo; Presidente de la Sala, *Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo De Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Con Salvamento de voto.*

Félix Arturo Mora Violeta; Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA - Inexistencia. **PERJUICIOS MORALES** - Inexistencia (salvamento de voto)

Estimo que en el *sub-lite* no se dio la falla del servicio, pues ésta, como lo enseña la doctrina, comporta grados, y , por lo mismo, debe repararse el daño sólo cuando ella es grave.

La tesis sobre perjuicios morales sostenida en la sentencia es demasiado amplia, peligrosa, y puede convertirse en fuente de impunidad, pues se le está exigiendo a la autoridad que ab initio acierte en la determinación del responsable, pues si se equivoca, debe indemnizar. Por lo demás, quien investigó fue la autoridad aduanera, y si se consideraba que debía condenarse por tal motivo, ha debido ser ésta la demandada y no la Policía Nacional.

Doctor : *Julio César Uribe Acosta*

Bogotá, D.E., Septiembre diez (10) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente Nº. 5705. Actor: Rubén Antonio Barrera González. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional-

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria, pues estimo que en el *sub-lite*, en puridad de verdad, no se dio la falla del servicio, pues ésta, como lo enseña el Profesor Jean Rivero, en su obra Derecho Administrativo, comporta grados, y, por lo mismo, debe repararse el daño sólo cuando ella es GRAVE.

En el caso en comento se le dio esta entidad a la falta de cuidado del Personal de Policía Judicial por la sola circunstancia de que requirió información, sobre la veracidad del manifiesto de importación Nº. 21304, a

la Aduana de Barranquilla, cuando ha debido hacerlo a la de Cartagena. Dentro de éste marco la Corporación se torna muy sensible, en la interpretación de la conducta de la administración, y la comunidad resulta pagando hasta el más leve descuido cometido por ella.

En el caso en Comento se olvidó que el demandante dio lugar, inicialmente, a las sospechas de la policía, pues transitaba entre las ciudades de Cali y Popayán con una sola placa y sin los documentos que acreditaran quién era el propietario del automotor. Si posteriormente aportó el documento expedido por el Instituto de Transportes y Tránsito del Atlántico, en donde consta que el vehículo, luego de haber llenado los requisitos exigidos por el Intra Nacional y los del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito, tiene permiso para transitar con una sola placa, ello no deja sin reparos su comportamiento. Por lo demás, por qué si el vehículo entró por el Puerto de Cartagena, fue la autoridad de Barranquilla la que se ocupó de CONCEDER EL PERMISO PARA TRANSITAR? Esta realidad, seguramente, fué la que indujo a la Policía Judicial a encausar mal la correspondencia, pero ese desfase en la conducta, a mi juicio, no alcanza a estructurar la falla del servicio, como ya lo anoté antes.

En la sentencia se condena al pago de perjuicios morales con la tesis de que una persona se ve afectada en su honor cuando oficialmente se duda de su integridad, y se la somete a una investigación penal por presumirse que ha incurrido en un delito, así éste no sea de carácter criminal sino aduanero. La tesis así expuesta es demasiado amplia, peligrosa, y puede convertirse en fuente de impunidad, pues se le está exigiendo a la autoridad que ab initio acierte en la determinación del responsable, pues si se equivoca, debe indemnizar. Por lo demás, quien investigó fue la autoridad aduanera, y, por lo mismo, si se consideraba que debía condenarse por tal motivo, ha debido ser ésta la demandada y no la Policía Nacional.

Con toda Consideración

JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Bogotá, D.E., Septiembre 11 de 1.990.-

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma Oficial. **LEGITIMA DEFENSA**

No puede valorarse la legítima defensa de los agentes de la Policía Nacional, con ocasión del servicio a que están obligados, en términos idénticos a los de un particular, puesto que para los primeros se supone una mayor profesionalidad y preparación en la forma de hacer frente a hechos relacionados con el orden público.

La falla presunta del servicio supone para que la entidad demandada logre desvirtuarla, que aparezca plenamente establecido que en el uso de arma de dotación oficial existió ausencia de falla del servicio. Y, en el caso concreto, no puede llegarse a tal conclusión, como tampoco a la contraria, y, por ello, ante la duda no clarificada por la entidad demandada -a quien le correspondía dicho despliegue probatorio-, no se puede proceder a su exoneración.

PRUEBA TRASLADADA

Si bien es cierto la discusión se presenta cuando del traslado de las pruebas del proceso penal se trata, no sucede igual cuando se refiere a investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración. En estos eventos no habría lugar a ratificación de los testimonios porque se entiende que en estos casos la prueba no sólo fué ratificada por la administración sino practicada por esta misma.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Arma oficial

El arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir, cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre seis (6) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Colaboró : Dr. *Juan Carlos Henao Pérez.*(Abogado Asistente)

Referencia: Expediente Nº. 5059 (224) Actor: Eugenio Ibarra Mina

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 28 de Octubre de 1986, y mediante la cual no se accedió a las súplicas de la demanda, como pasa a verse.

I - EL FALLO APELADO

Resolvió el *a-quo* "NEGAR LAS PETICIONES DE LA DEMANDA" (fl. 232 C.1), apoyándose en las siguientes consideraciones básicas:

"1ª 'La copia del informativo de carácter disciplinario Nº. 271 adelantado contra los Agentes DIAZ FIDEL y QUINTERO CALVO JOSE RICAURTE por los hechos sucedidos el día 14 de Marzo de 1.979 en los cuales perdió la vida el civil JOSE IBARRA CAICEDO', no ha sido incorporada al proceso conforme a los requisitos de Ley, (arts. 185, 187, 229 C.P.C.)" (fl. 228 C.1).

"2ª La prueba testimonial aportada por la parte actora, únicos elementos de análisis que indica para fundamentar la 'falta del servicio', no alcanza, por las observaciones que al respecto se han hecho, a producir la certeza necesaria de que se da la falta o falla de servicio. Los testimonios de Adela Muriel de Valencia y Arnulfo Castillo, no constituyen fundamento

probatorio sólido para una sentencia condenatoria para el Estado, por falta o falla del servicio. (Art. 168 C.C.A.)" (fl. 232 C.1).

"3ª Las versiones de quienes aparecen como testigos presenciales, está afectada de vacíos sobre el desarrollo mismo de los acontecimientos sucedidos en el Barrio Juan XXIII, en la noche del 14 de Marzo de 1.979, ya que, por la forma como se presenta, la versión lleva al ánimo del juzgador la convicción de que sólo registra momentos, instantes de lo sucedido, sin continuidad alguna, en lo antecedente y en lo subsiguiente, que permita la claridad suficiente sobre el verdadero comportamiento de los Agentes de Policía y de José Caicedo, cada uno desde su campo de acción. El registro que los declarantes Adela Muriel de Valencia y Arnulfo Castillo hacen de cuanto dicen haber presenciado, no contiene toda la carga incriminatoria como para declarar que se está ante una `falla del servicio`". (fl. 230 C.1).

"4ª Se tiene, que las declarantes María Valentina Hurtado de Valencia y María Alicia Castaño de Castillo, no estaban presentes en el lugar de los hechos, no los percibieron en forma directa y personal, no hacen referencia alguna a los momentos previos al cruce de disparos o voces entre los agentes de la policía y José Ibarra Caicedo. Su conocimiento de los hechos comienza al `oir `los disparos, y asistir al lugar de donde provenían para enterarse luego de quienes habían sido los protagonistas, características y consecuencias" (fl. 228 C.).

II - LOS ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

A folios 251-289 del C.1, expresa el apelante los motivos de su inconformidad con el fallo de primera instancia, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

"1º. Yerra el Tribunal cuando formula o hace la afirmación de que la parte actora sólo aportó al proceso, como ´únicos elementos de análisis ´´para fundamentar la falla del servicio ´, algunos testimonios.

"Esa afirmación no sólo es errada, sino que se aparta de la realidad procesal. Y sobre un error, o con base en el mismo, o con fundamento en el desconocimiento de la realidad procesal -como ha sucedido- no puede dictarse un fallo acertado. Todo lo contrario." (fl.252 C.1).

"2º. El exceso en el número de disparos o impactos de su arma de dotación, contra el occiso, la prueban bien los documentos arriba relacionados, y especialmente el Acta de la Necropsia practicada en el cadáver del señor Ibarra Caicedo. Esa necropsia describe seis (6) impactos de bala en el cuerpo del infortunado Ibarra Caicedo. Eran

necesarios todos esos impactos de arma de fuego para dar captura al hoy occiso?

"Cuántos tiros más hizo en su contra el policía y que no dieron en el blanco?. Y el uso innecesario y con exceso del arma oficial o de dotación es uno de los planteamientos y alegaciones de la parte demandante para que se reconozca y declare la existencia de la falta o falla del servicio.

Así las cosas, el Tribunal no podía, en su fallo, únicamente, como lo hizo, reconocer que el planteamiento había sido hecho, alegado e ilustrado con normas precisas de los reglamentos vigentes para la Policía Nacional, sino que tenía que haber estudiado tal planteamiento, pronunciándose forzosamente acerca de él, al concluir sobre la falta o falla del servicio" (fl. 256 C.1).

"3º. Los disparos que el Tribunal cree que hizo el occiso contra los policías, no están probados en autos" (fl. 263 C.1).

"4º. Está demostrado en autos que el procedimiento en relación con el hoy difunto Ibarra Caicedo se desarrolló, por los dos policías patrulleros, provisto de carabina San Cristóbal.

"Está probado que con una de esas carabinas el policía disparó y dio muerte a Ibarra Caicedo. Esta carabina fué identificada con el Nº. 6714, de dotación oficial. Pues bien Señores Magistrados, con esa clase de arma de fuego: Carabina San Cristóbal, los policías no podían prestar su servicio de vigilancia.

"Los artículos 36 y 37 de la RESOLUCION Nº. 00168 de 1.961, del Director General de la Policía Nacional, señalan claramente los "ELEMENTOS DE SERVICIO", o sea con los cuales los policías pueden prestar ese y adelantar los procedimientos.

El artículo 37 de ese estatuto, dice:

"ARMAMENTO:

"a) Revólver o carabina, SI EL SERVICIO ES *MONTADO*"

"b) ....."

Los policías que integraban la patrulla que adelantó el procedimiento, a raíz del cual falleció Ibarra Caicedo, NO PRESTABAN SERVICIO MONTADO; lo prestaban a pie. Siendo así, no podían encontrarse provistos o armados con carabina. Si andaban con las carabinas, como dotación, para

prestar servicio *de a pie*, el Reglamento sobre utilización y porte de los "ELEMENTOS DE SERVICIO" fué violado de modo claro y flagrante.

Esa violación sobre porte y utilización de los "Elementos de servicio", de los reglamentos policiales, produce una falta o falla del servicio, de la cual debe responder la Nación (Policía Nacional) y, consecuentemente, por el daño que se haya ocasionado (fl.269 C.1).

> "5º. Sí los policías creían que Ibarra Caicedo no iba a salir pronto, con la velocidad del rayo -que era la medida que parece tenían en sus cabezas, del sótano donde se había refugiado (y la autoridad no tiene porqué tener o demostrar prisa innecesaria e injustificada), debieron usar lo que prevé el Reglamento: GASES. Así lo prevé el artículo 38 de la RESOLUCION NUMERO 00-168 de 1.961. Dice el art. 38: "Artículo 38.- SON ELEMENTOS AUXILIARES para los *Servicios de vigilancia*, aquellos que técnicamente permiten un mayor rendimiento en ellos, tales como;
>
> "a) ....
>
> "b) ....
>
> "c) GASES ...."

Pero no usaron gases, como prevé la norma. Usaron balas disparadas por una carabina. Qué diferencia de medios, Señores Consejeros y cuán distinto el normal resultado!.

Pero no sólo no usaron el medio indicado por el Reglamento Policial, sino que hicieron gala de una prisa que no tiene respaldo en los reglamentos vigentes (fl. 270 C.1).

> 6º. Se violó el artículo 76 de la precitada resolución, que afirma:
>
> "Si no fuere posible la captura después de haber agotado todos los recursos lícitos se comunicará el hecho a la Central de radio y a las unidades de que depende el Agente, indicándose la filiación del delincuente o sus características, a fin de que se encargue su aprehensión a todo el personal".

Y, afirma el recurrente, "en el caso bajo estudio, los policías patrulleros no operaron así. Con la prisa que tenían -y nadie puede entender porqué-, que contradice lo mandado por los Reglamentos, determinaron que a Ibarra Caicedo había que aprehenderlo vivo o muerto, en el mismo momento en que llegaron a la proximidad del sótano" (fl. 271 C.1).

"7º. Ese procedimiento apresurado, alocado, inmaduro, falto de toda previsión y prudencia, de parte de los policías, y especialmente de uno de ellos o sea el que disparó el arma, es lo que admira, desconcierta y llena de dudas al Tribunal, cuando se pregunta con inocencia (fl. 9 del fallo): "Es posible una conducta tan irrazonada de parte de los Agentes de Policía, como lo presentan los declarantes?". Y el Tribunal obviamente, termina por no creer lo afirmado por los testigos, así no exista en autos prueba alguna idónea y atendible jurídicamente- que informe o contradiga lo dicho por cada uno de los testigos *presenciales* de los hechos" (fl. 271 C.1). Se violó así el artículo 170 del C.C.A.

"8º. No está probado en autos la legítima defensa en favor de los uniformados, ya que para ello se requiere "una sentencia o sentencias, notificadas debidamente, ejecutoriadas y en firme; vale decir, que hubiesen hecho tránsito o cosa juzgada y con origen en la Justicia Penal" (fl.273 C.1).

9º. Tampoco está probado en autos que el hoy occiso hubiere disparado el arma que portaba, pues a pesar de que en el acta de levantamiento del cadáver se afirma que se le encontró un arma con vainillas disparadas, por el hecho de haberla disparado anteriormente contra el señor Guzmán en la cantina de la cual huía, no puede afirmarse "que el finado hubiera disparado en contra de los policías" (fl. 275 C.1).

10º. Se violó el artículo 78 de la resolución 00168 de 1.971, pues ésta norma afirma que si se trata de hechos que hubieran ocasionado la muerte de alguna persona, "el funcionario de Policía se concretará a proteger el sitio del suceso y a evitar que se cambie la posición del occiso, que se registre o se borren huellas y demás indicios indispensables para la investigación", y no fue ello lo que hicieron los agentes en el caso concreto, sino que "sólo les importó la captura de Ibarra Caicedo y no la situación del occiso o la víctima de Ibarra Caicedo" (fl. 278 C.1).

11º. Se violó también el artículo 30 del Código Nacional de Policía, ya que "los policías no sólo no podían utilizar "medios" "no" autorizados por la ley y reglamento, como carabinas, sino que estaban obligados a usar "siempre", entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes (fl. 281 C.1).

12º. En el presente caso, de todas formas, no se puede hablar de legítima defensa, pues ella "no tienen carácter PUNITIVO, o sea que el policía de turno no puede privar de la vida a alguien a modo de castigo, de represalia, por el hecho de haber incurrido en agresión en su contra.

Si esa agresión se produjo por parte del civil o particular contra el policía o agente, y nada le aconteció a éste, queda este sin derecho a disparar

contra el primero. Si queda sin derecho a disparar contra el civil, en esas circunstancias, queda sin derecho -de acuerdo a la legalidad- a darle muerte. Esto es bien obvio.

En el caso bajo estudio, no está probado que alguno de los policías patrulleros sufriera ni un rasguño, menos un balazo o herida de bala. Nada!" (fl. 282 C.1).

III . LA REPLICA DE LA CONTRAPARTE

A folios 286-293 del C.1, solicita la apoderada judicial de la entidad demandada, en su alegato de conclusión, que se confirme el fallo apelado. Para ello expresa básicamente:

1º. "Sea lo primero señalar, que en el sentir de la parte demandada, aparentemente la parte actora considera que el solo hecho de que un agente de la administración dispare un arma de dotación oficial y en actos del servicio, constituye ipso-facto una falla del servicio.

"Olvida el recurrente que un acto de un agente de la administración, así haya causado daño, puede no constituir una falla en el servicio, como ocurre precisamente en el caso que nos ocupa" (fl. 287 C.1).

2º. En el caso de autos hubo culpa de la víctima, que implica exoneración de responsabilidad de la demanda. En este aspecto expresa, luego de hacer un recuento de los antecedentes de la muerte del señor Ibarra, que "los agentes llegaron hasta el sitio en donde se encontraba escondido el asesino IBARRA CAICEDO y en varias oportunidades lo comunicaron para que se entregara, que no disparara, que era la Policía, a lo que el hoy occiso respondió con balas, razón por la cual los agentes no tuvieron alternativa diferente a defender su vida ante la grave e injusta provocación, dando como resultado la muerte de JOSE IBARRA CAICEDO. La parte actora, en su libelo demandatorio, narra, en forma bien diferente los hechos materia de este proceso" (fl. 288 C.1.).

3º. Por lo anterior, los agentes obraron en legítima defensa, ante el inminente peligro de perder sus vidas, sin que tuvieran otra alternativa.

4º. Las pruebas contenidas en el informativo disciplinario deben ser analizadas por el Juez, ya que "como lo tiene averiguado la jurisprudencia, *no necesita ser ratificado dentro del proceso administrativo*" (fl. 291 C.1).

IV - EL CONCEPTO FISCAL

Solicita la Fiscalía Segunda de la Corporación, en su concepto obrante a folios 295-297, la confirmación del fallo de primera instancia. Para ello

expresa básicamente, luego de hacer un recuento de los antecedentes del proceso:

> "Analizado este material probatorio puede concluirse que no existe duda de la forma como ocurrieron los hechos: efectivamente tanto en las diligencias investigativas adelantadas por las autoridades como en las declaraciones de los testigos, se sostiene que el hombre corrió, se escondió y los policías le dispararon, pero ésta secuencia de los hechos se muestra en una forma recortada toda vez que, la investigación de las autoridades permite aclarar que la causa de la fuga de la víctima se debió a que momentos antes había dado muerte a un ciudadano en una riña que tuvo lugar en un centro de diversión, circunstancia que olvidó relatar en el demanda el apoderado del actor y que modifica la presentación de los hechos en los cuales se dice que Ibarra tuvo un incidente nada más y que huyó por el miedo que le produjo la idea de ser aprehendido por este simple accidente.
>
> "Se estableció además que Ibarra salió corriendo con la misma arma que había dado muerte al ciudadano y con ella disparó cuando los policías pretendieron darle captura; no se explica cómo conociendo estas circunstancias que rodearon el hecho, el apoderado del actor afirme que Ibarra no tenía la menor intención de disparar el arma en contra de los agentes, si momentos antes había dado muerte a otro hombre; este antecedente permite concluir que efectivamente los hechos ocurrieron como lo demuestran los informes de las autoridades, es decir que Ibarra no atendió las voces de alto y agredió a los agentes, que tuvieron que actuar en su propia defensa, razón por la cual no se demostró ni se configuró el primer elemento axiológico exigido por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad civil de la Nación" (fl. 297 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de describir los hechos que se encuentran probados en el proceso, debe la Sala estudiar el valor probatorio de la copia del informativo de carácter administrativo No. 271 que obra en el mismo, ya que, de una parte, como se ha anotado, son antagónicas las posiciones jurídicas que al respecto tienen la sentencia del a-quo y el concepto fiscal, así como la apoderada de la entidad demandante, y, de la otra, la narración de los hechos probados dependerá de la posición que se tome en este sentido.

Para la Sala, asiste razón jurídica al concepto fiscal y a la entidad demandada, cuando consideran que los testimonios obrantes en el informativo disciplinario adelantado contra los Agentes Díaz Fidel y Quintero Calvo José Ricaurte, deben ser valorados probatoriamente en el presente proceso. En efecto, como lo anota la apoderada judicial de la entidad demandada, el problema ha sido dilucidado por esta Corporación a través de su jurisprudencia. Por ejemplo en sentencia del 22 de Mayo, se expresó:

"Si bien es cierto la discusión se presenta cuando del traslado de las pruebas del proceso penal se trata, no sucede igual cuando se refiere a investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración. En estos eventos, no habría lugar a ratificación de los testimonios porque se entiende que en estos casos la prueba no sólo fué ratificada por la administración sino practicada por esta misma. Este ha sido el pensamiento reiterado de la Sección III del Consejo de Estado, ratificado una vez más en el fallo de Octubre 10 de 1.986" (Expediente No. 4955. Actor: Dioselina Arce Castaño. Folio 57 del tomo 74 de los copiadores de la Sección Tercera).

Así las cosas, procederá la Sala a la narración de los hechos debidamente probados en el presente proceso, advirtiendo que para ello tomará en consideración los testimonios obrantes en el informativo de carácter disciplinario No. 271. Ellos son, en síntesis, los siguientes, los cuales serán objeto de ampliación en los presentes considerandos:

1º. El señor José Ibarra Caicedo nació el 24 de marzo de 1934 (fl. 3 C.1), y murió el 14 de marzo de 1979 (fls. 2, 5, 45 y 110 C.1);

2º. La muerte fué consecuencia de una "anemia aguda debido a heridas de corazón y pulmón" (fls. 45 y 110 C.1);

3º. Las heridas que causaron la muerte del señor Caicedo fueron producidas por los disparos realizados por el Agente de la Policía Nacional, Fidel Díaz, quien se prevalió para ello de la carabina de dotación oficial (fls. 87, 94 y 113 C.1).

4º. El mencionado Agente realizó los disparos en momentos en que junto con el Agente José Ricaurte Quintero C., prestaba turno de vigilancia urbana en el barrio Juan XXIII de la ciudad de Buenaventura (fls. 87 y 94 C.1).

5º. Los disparos que causaron la muerte del señor Ibarra fueron hechos cuando los Agentes mencionados, ante el conocimiento de que el hoy occiso había dado muerte instantes antes a un ciudadano, lo requirieron para que se entregara, pues se había escondido en un sótano, obteniendo como respuesta varios disparos (fls. 87, 94 y 97 C.1).

6º A raíz de los hechos relatados se llevó a cabo un informativo disciplinario contra los mencionados agentes, que culminó con su exoneración por legítima defensa (fls. 112-117 C.1).

Frente a los hechos anteriores, estima la Sala oportuno realizar las siguientes consideraciones:

I -. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

Se encuentra nuevamente la Sala ante perjuicios ocasionados con arma de dotación oficial. Frente a estos eventos ha venido aplicando reiteradamente su sentencia del 31 de julio de 1.989, que en lo pertinente afirma:

" Ahora bien: La Sala considera conveniente precisar las características fundamentales del régimen de la falla del servicio presunta, para los eventos en los cuales los perjuicios han sido causados con armas de dotación oficial, así:

" 1- La aplicación de la regla ACTORI INCUMBIT PROBATIO se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el onus probandi no cobija la prueba de la falla del 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 arma de dotación oficial.

" 2- El perjuicio causado con arma de dotación 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 falta, 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 del 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 el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la Sala, "pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas" (sentencia de 27 de abril de 1.989, precitada), debiendo por tanto, acreditar esa extrema prudencia y diligencia en las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la administración.

" 5- El hecho o la 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 demandado, 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 al hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva a la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte y 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 fué obligada a utilizar legítimamente, dicha arma.

" 6- El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a éste último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

" 7- La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

" 8- El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna ius administrativa de *causa desconocida*, no exonera a la administración frente a éste tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek, "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" (citado por F. Lorens-Fraysse, "La presomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité", L.G.D.J., París, 1.985, p.147), puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias,

corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino al perjuicio.

" Estima la Sala de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar *a priori*, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a falla del servicio.". (Sentencia de 31 de Julio de 1.989, exp. 2852, Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez).

Sin embargo, como también lo ha clarificado la jurisprudencia de la Sección, la presunción establecida no supone la declaratoria indefectible de responsabilidad, precisamente porque en el precitado régimen la falla del servicio entra en juego, pudiendo ser desvirtuada su existencia por la administración. Por ello, está el Juez en la obligación de analizar el desarrollo de los hechos sometidos a su consideración, para observar si se puede o no constatar la configuración de una cualesquiera de las causales de exoneración.

En el *sub-lite* observa la Sala con claridad meridiana, que no puede hablarse ni de caso fortuito, ni de fuerza mayor y, menos aún, de hecho de un tercero. Ello porque, como se ha anotado, está establecido que el Agente Fidel Díaz fué quien, con su arma de dotación oficial, dio muerte al señor Ibarra Caicedo.

Pero, las probanzas obrantes en el proceso, obligan a la Sala a estudiar con mayor detenimiento la culpa de la víctima, ya que, de existir en el caso concreto, supondría que la actuación de la administración fué ajustada a derecho, es decir, que la exoneración por ausencia de falla del servicio desvirtuaría la presunción que contra la administración existe.

Y, si ha de estudiar con detenimiento la situación planteada, es porque de la relación de los hechos que se han narrado, así como de la postura de la parte demandada, del Ministerio Público y aún de la sentencia del a-quo, se observa como nota común la estimación de que en el presente evento existió ausencia de falla del servicio en el operativo de captura del delincuente Ibarra, pues los Agentes que lo realizaron obraron en legítima defensa ante el ataque del homicida.

Sin embargo, es ésta perspectiva jurídica la que la Sala ha de estudiar con detenimiento, en aras de establecer con precisión si la presunción de falla del servicio que existe contra la administración en estos eventos, por haberse causado la muerte del Sr. Ibarra con arma de dotación oficial, logra o no desvirtuarse.

Como ya se ha dicho, obran en el expediente varios testimonios que al unísono dan el relato siguiente de los hechos: El señor Ibarra Caicedo, quien portaba arma particular, se dirigió al hogar del señor Daner Baos y señora Castillo, en donde se encontraban varios contertulios jugando "sapo". Llegó embriagado con la intención de continuar ingiriendo licor, y como ya se había terminado en el mencionado hogar, el señor Pedro Pablo Guzmán, quien estaba allí, le ofreció los restos de su "caneca", que fué terminada por el señor Caicedo. Este, por una discusión totalmente baladí, propinó varios disparos al señor Guzmán, y emprendió la fuga. Huyendo, el homicida se enteró de la presencia de los Agentes del orden, y por ello se escondió en un sótano. En ese momento los Agentes lo requirieron 5 veces para que se entregara, y, sin embargo, la única respuesta que obtuvieron fué la de varios disparos, lo cual motivó que el Agente Díaz disparara hacia el lugar donde se encontraba el señor Ibarra, quien recibió 5 balazos y falleció en el acto.

Y fué con base en los hechos que vienen de narrarse, que la investigación administrativa disciplinaria, culminó con la exoneración de los mencionados agentes, frente a los hechos ya enunciados.

Sin embargo, no puede la Sala hacer suyo el criterio expresado, pues si bien aparecen probados los extremos que se han narrado, no se encuentran nuevos elementos que permitan realizar una composición espacial y temporal exacta, de la forma como se desarrollaron los hechos entre el momento en que el homicida ingresó al sótano, y aquel en que fue dado de baja. Y, estima la Sala, que ante este tipo de hechos es necesario conocer con exactitud la forma en la que ellos se desarrollaron, pues de existir dudas al respecto, la falla del servicio no se desvirtúa, precisamente por lo que, como lo afirma la sentencia precitada "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio....", "puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino el perjuicio". (sentencia precitada).

Y en el caso concreto, se pregunta la Sala: Dónde se encontraban los Agentes en el momento en el cual el homicida Ibarra estaba escondido en el sótano? Podía el homicida Ibarra desde su guarida, evadir una captura sin necesidad de su muerte? Se encontraban los Agentes en campo abierto a merced del homicida, o, por el contrario, estaban protegidos o con posibilidad de protegerse? Los disparos realizados por el homicida pusieron en inminente y real peligro la vida de los Agentes? Cuál era la composición espacial del

sótano donde se encontraba Ibarra? Es decir, en síntesis podría haber realizado la captura del delincuente sin necesidad de llegar al extremo de su muerte?

Todas las anteriores preguntas no pueden ser absueltas a la luz de la realidad histórica que arroja el expediente, pues no se conoce la composición exacta del lugar, ni el lugar en el cual se encontraban los Agentes. A pesar de que uno de los testimonios afirma que "vimos a los Agentes cubriéndose, el uno estaba atrás de un árbol de pan y el otro estaba en el otro palo ancho que sostenía la casa" (fl. 97 C.1) otros afirman que, "se metieron los Agentes por debajo de la casa de un señor PEDRO ECHEVERRY alumbrando con una linterna donde no pude ver mas nada" y que, "como a los diez minutos se oyeron unos cuatro o cinco disparos de revólver y enseguida se escucharon los de una ráfaga de Carabina" (fl. 100 C.1).

Así las cosas, observa la Sala que no logró establecer la parte demandada que en el *sub-lite* se desvirtuó la presunción de falla del servicio. Por el contrario, se observa que existe duda respecto de la forma como los hechos se desarrollaron, pues no puede saberse con certeza si se hizo o no imperativo el uso del arma de dotación oficial. Y es que en opinión de la Sala, los elementos que tuvo en cuenta el expediente disciplinario para exonerar a los agentes no son necesariamente suficientes para que el Juez Contencioso Administrativo dé por existente la supuesta legítima defensa como causal exonerativa de responsabilidad de la administración. Porque esta jurisdicción, al ser la encargada de juzgar la responsabilidad administrativa del Servicio Público que es la Policía Nacional, debe tener muy presente que dicho servicio público tiene como función especial que lo define, entre otros, el manejo de situaciones de naturaleza similar a la que se refiere el presente proceso, y que sus miembros, por su mismo carácter de tales, deben estar preparados precisamente para enfrentar adecuadamente hechos como los que originaron el *sub-lite*. Por ello no puede valorarse la legítima defensa de los agentes de la Policía Nacional, con ocasión del servicio a que están obligados, en términos idénticos a los de un particular, puesto que para los primeros se supone una mayor profesionalidad y preparación en la forma de hacer frente a hechos relacionados con el orden público. Ello requiere, en consecuencia, que la muerte de un ciudadano cualquiera en circunstancias como las enunciadas en el sub-lite, y como producto de la legítima defensa, sea el desenlace inevitable que resulta del grave e inminente peligro para la vida de los agentes de orden público, peligro que no pudo ser conjurado por éstos aún a pesar de sus esfuerzos profesionales para capturar con vida al delincuente. Ello, indudablemente debe demostrarse en el proceso.

No quiere con lo anterior la Sala justificar actuaciones francamente delincuenciales como la realizada por el hoy occiso Ibarra, sino simplemente precisar que la falla presunta del servicio supone para que la entidad demandada logre desvirtuarla, que aparezca plenamente establecido que en el uso de arma de dotación oficial existió ausencia de falla del servicio. Y, en el caso

concreto, por lo ya visto, no puede llegarse a tal conclusión, como tampoco a la contraria, y, por ello, ante la duda no clarificada por la entidad demandada -a quien le correspondía dicho despliegue probatorio-, no se puede proceder a su exoneración.

II - EL PERJUICIO

Solicita el apoderado judicial de la parte actora, que se indemnice al Señor Eugenio Ibarra Mina, padre del occiso, los perjuicios materiales y morales que sufrió por la pérdida de su hijo. Habida consideración de que son dos los rubros del perjuicio solicitado, la Sala los estudiará separadamente, así:

A - Perjuicio Material

Al respecto se afirma en la demanda que el hoy occiso Ibarra "obtenía un ingreso mensual de aproximadamente TRECE MIL PESOS ($13.000.00) M/CTE" (fl. 8 C.1), y que gracias a su "condición de hombre soltero y sin hijos, ayudaba con gran responsabilidad y cumplimiento al sostenimiento de su padre señor Eugenio Ibarra Mina, con el producto de su trabajo" (*Ibídem*).

Sobre los hechos narrados en la demanda, sólo existen las declaraciones de María Castaño y Adela Muriel (fl. 134 C.1), en las que se afirma que el difunto Ibarra vivía con su compañera o mujer, que trabajaba como vigilante en la empresa Orión, y que con su salario sostenía a su mujer y padre.

Sin embargo, encuentra la Sala que el señor Ibarra nunca trabajó en Seguridad Orión Ltda. (fl.82 C.1) y, además, no encuentra base alguna que permita siquiera suponer que laboraba y, menos aún, que auxiliaba económicamente a su padre. Por el contrario, se observa una contradicción entre lo afirmado en la demanda, en el sentido de que por ser soltero auxiliaba a su padre, y lo afirmado por los testigos citados, en el sentido de que tenía conformado un hogar con su compañera Graciela, quien por demás no es parte en el presente proceso.

Así las cosas, no podrá hacerse condena alguna por perjuicios materiales, ya que es bien sabido que para que pueda éste ser indemnizado, se requiera probar la existencia del perjuicio en cabeza de la persona a quien se concede indemnización. En el caso presente ello no ocurrió, pues las afirmaciones de los citados testigos se encuentran contradichas en el mismo expediente, ya que no tiene lógica afirmarse que por el trabajo que se realizaba en una empresa una persona auxiliaba a su padre, cuando dicho trabajo se prueba no existió.

Por lo anterior, no se accederá a condena alguna por perjuicios materiales.

B - Perjuicio Moral

De conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corporación, en el evento de muerte de un hijo, se presume que existió dolor en grado máximo, lo cual da lugar a una indemnización compensatoria en el equivalente de 1.000 gramos de oro puro.

En el sub-lite se ameritó que el occiso Ibarra Caicedo, era hijo legítimo de Eugenio Ibarra y Waldina Caicedo, quienes habían contraído matrimonio católico el 1. de diciembre de 1.923, y que su hijo nació el 24 de Marzo de 1.934 (fls. 3 y 4 C.1).

Probada la relación de parentesco, es procedente conceder indemnización al actor, en el equivalente de MIL (1000) gramos de oro puro, al momento de ejecutoria de la presente providencia.

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 :

REVOCASE: El fallo apelado, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 28 de Octubre de 1.986, y en su lugar SE DISPONE:

PRIMERO: Declárase que la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa -Policía Nacional, es administrativamente responsable por falla presunta del servicio, no desvirtuada, de los perjuicios causados con la muerte, por parte de uno de sus Agentes, del señor José Ibarra Caicedo, acaecida en las circunstancias anotadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condénase en consecuencia a pagar a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa -Policía Nacional a EUGENIO IBARRA MINA, o a su apoderado, por concepto de perjuicios morales, el valor de un mil (1000) gramos de oro puro.

La anterior condena se entiende hecha en concreto. El valor del gramo de oro puro se determinará por certificado del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

TERCERO: Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

CUARTO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala*; Carlos Gustavo Arrieta Padilla ;Gustavo De Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. mayo 22; sent. Oct. 10/86, exp. 4955, actor: Dioselina Arce Castaño.

NOTA DE RELATORIA: REITERAC. JURIS.:Sent. jul 31/89, exp. 2852(252).

CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION. JURISDICCION ORDINARIA. COMPETENCIA

El contrato de venta de bien inmueble celebrado por la Beneficencia de Cundinamarca, a que se refiere el presente proceso, no es un contrato administrativo sino uno de derecho privado de la administración , y por consiguiente, las controversias que alrededor de él se susciten deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria.

ORDENANZAS. PROMULGACION

La legalidad o no de la publicación de la Ordenanza 3/70 (Código Fiscal de Cundinamarca) no es cuestión que le corresponda decidir al funcionario administrativo que expidió la certificación sobre el hecho de la promulgación. No encuentra la Sala que la publicación hecha en el folleto llamado "Gaceta de Cundinamarca" atente contra los artículos 106 y 109 del C.R.P. y M., ni contra lo que la misma ordenanza No. 3 dispone.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., septiembre seis (6) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente Nº. 5103 (241) Actor: Beneficencia de Cundinamarca.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1.986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual dicha corporación decidió lo siguiente:

"PRIMERO.- Es ABSOLUTAMENTE NULO, por objeto ilícito, el contrato de venta de inmueble ubicado en la carrera 24 con calle 72 con extensión aproximada de 13.846.40 mt2, con registro catastral Nº. 71/ 24/1, celebrado entre la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA y el señor CARLOS FIDOLO GONZALEZ CUELLAR, consignado en la Escritura Pública Nº. 46 del 4 de Febrero de 1.977, otorgada en la Notaría Diecisiete del círculo de Bogotá D.E.

"SEGUNDO.- Es igualmente NULA la Resolución de la junta general de la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA plasmada en el Acta Nº. 26 del 23 de Diciembre de 1.976, mediante la cual "aprueba esta adjudicación a favor de la persona indicada, y autoriza al señor Gerente para perfeccionar esta negociación".

"TERCERO.- La BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA restituirá al señor CARLOS FIDOLO GONZALEZ CUELLAR la suma de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000,oo) m/cte, por concepto del dinero que dicho señor le entregó como parte del precio del aludido contrato.

"CUARTO..- Cancélese tanto la Escritura pública No. 46 del 4 de Febrero de 1.977 otorgada en la Notaría Diecisiete del circulo de Bogotá, D.E., su registro llevado a cabo el 11 de Marzo siguiente en la oficina de Registro de esta ciudad, matriculada con el Nº. 0500378618, como la hipoteca de primer grado elevada a favor de la misma beneficencia en la escritura en mención.

"QUINTO.- Ordénase al registro de la presente sentencia.

"SEXTO.- No prospera la OBJECION POR ERROR GRAVE al dictamen pericial.

"SEPTIMO.- DENIEGANSE LA SUPLICAS de la demanda de reconvención, presentada por el señor CARLOS FIDOLO GONZALEZ CUELLAR.

"OCTAVO.- No hay lugar a condena en costas.

"NOVENO.- Copia de esta sentencia se enviará a la Procuraduría General de la Nación para que se investigue la responsabilidad de quienes intervinieron como funcionarios públicos en la celebración del referido contrato, una vez ejecutoriada esta sentencia.

I. -ANTECEDENTES

Mediante tal determinación, el *a-quo* falló sobre las pretensiones incluidas en demanda presentada por la Beneficencia de Cundinamarca con fecha 16 de Abril de 1.982, así como sobre aquellas contenidas de la demanda de Reconvención presentada por el señor Carlos Fídolo González Cuellar mediante apoderado, con fecha 20 de Agosto del mismo año. Trabada la litis, y surtido el procedimiento correspondiente, expidió el Tribunal su decisión, la cual fuera recurrida en apelación por el señor González Cuellar.

Dentro del término correspondiente, ambas partes presentaron alegatos, cuya síntesis como sigue: Afirma el apelante que la Ordenanza No. 3 de 1.970, norma con base en la cual se fundamentó la decisión del Tribunal, no estaba vigente, pues nunca fue debidamente promulgada, conforme a su texto y la Ley lo exigían. En consecuencia, ella nunca rigió y no era aplicable al caso *sub-judice*, como sí lo era el decreto 01357 de 1.974 del Gobernador de Cundinamarca, disposición ésta a la cual se ajustó la negociación a que se refiere el *sub-lite*.

Afirma igualmente que el caso ha debido conocerse por la jurisdicción ordinaria y no por la Contencioso-Administrativa, por cuanto el contrato materia de la litis, compraventa contenida en la Escritura Pública Nº. 46 de 1.977 de la Notaría 17 del círculo de Bogotá, no era un contrato administrativo, pues "no incluyó cláusulas exorbitantes mediante las cuales fuera posible determinar el contrato como administrativo. Además, incluía una obligación hipotecaria a cargo del comprador, y a favor de la Beneficencia que en caso de hacerse exigible seria competente para conocer de este proceso de (sic) jurisdicción ordinaria" (fl. 616 vto.).

Acompañó a su alegato concepto que concluye así:

"En este orden de ideas opino que el contrato no es administrativo porque la venta del inmueble a un particular no está ligada, directa ni indirecta a la prestación de un servicio público: además porque la administración pública no se reservó dentro del texto el contrato ni en parte alguna ningún poder exorbitante, ni siquiera la facultad para decretar la caducidad, mantieniéndose la igualdad jurídica de la contratación privada y en fin porque ni existe determinación expresa de la ley en virtud de la cual este tipo de contratos deba considerarse como administrativo. Por razones obvias tampoco es un contrato laboral, luego no queda otra posibilidad sino la de considerarlo como contrato de derecho privado o contrato civil y más específicamente como un simple contrato de compraventa.

"La circunstancia de que la celebración del contrato haya estado precedida (sic) de algunos trámites de orden administrativo para la selección del

mejor postor y otros semejantes, no altera la naturaleza específica del contrato.

"Ahora bien: Como la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer la materia contractual está condicionada por la Ley y lo sigue estando (Decreto 528 de 1.964 artículos citados y Decreto ley 01 de 1.984, artículos 131 Nº. 7 y 8 y 132 Nº. 7 y 8) a la naturaleza administrativa del contrato, me parece evidente que la jurisdicción administrativa es incompetente para conocer de un contencioso en el cual se debate la nulidad de un contrato civil, lo cual compete a la jurisdicción civil ordinaria (artículos 12 - 16 Nº. 1 del C. de P. C.).

"Por consiguiente, sí por un error el fallador de primera instancia llegare a pronunciarse de mérito o de fondo en primera instancia sobre un contencioso contractual de Derecho privado, el superior en la segunda instancia, debe revocar la sentencia apelada y proferir en su lugar una sentencia inhibitoria (artículo 333 del C. de P. C.)."

En alegato que obra a folios 607 y siguiente, el apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca se opone a las prestaciones del apelante y solicita se confirme la sentencia de primer grado, para lo cual arguye que se trata indudablemente de un contrato administrativo, calificado expresamente como tal por la Ordenanza Nº. 3 de 1.970, viciado de nulidad absoluta por haberse tramitado, aprobado y celebrado contradiciendo los mandatos expresos de los artículos 138, 139 y 147 de dicha ordenanza, así como lo establecido por el decreto 1357 de 1.974 expedido por el Gobernador del Departamento. Ni se cumplieron los requisitos y formalidades exigidas, ni se obtuvo la autorización de la Asamblea, ni se tuvo la aprobación del gobernador, todo lo cual , al tenor del artículo 1741 del Código Civil, acarrea la nulidad absoluta del contrato en cuestión, así como de sus actos preparatorios.

Afirma también que, aún si la Ordenanza 3 de 1.970 no se hallaba vigente "cuando se llevo a cabo la licitación privada y se suscribió la escritura de venta, no por ello tales actos dejarían de estar viciados de nulidad absoluta, puesto que en tal hipótesis la licitación se habría realizado, por orden de la Junta Directiva, con fundamento en normas que no se hallaban vigentes". (fl. 612 vto.).

II-.LA VISTA FISCAL

En concepto que obra a folios 623 a 628 del cuaderno 1 la colaboradora fiscal conceptúa que debe confirmarse en todas sus partes las sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por cuanto la negociación analizada no se ciñó a lo establecido en el artículo 138 de la Ordenanza 3 de 1.970 , y afirma:

"No es de recibo para este despacho lo afirmado por el recurrente por cuanto el requisito de la promulgación en el Diario Oficial del Departamento es necesario para darle publicidad al contenido de la ordenanza departamental para que sea oponible a terceros, pero no para efecto de su aplicación por parte de la administración.

"Para la Fiscalía es claro que el contrato que aquí se analiza se rigió por lo establecido en la ordenanza No.03 de 1.970 y que la falta de publicación en el Diario Oficial del Departamento no es causal para determinar su inaplicabilidad.

"En razón de lo dicho se concluye que el contrato celebrado por la Beneficencia de Cundinamarca y el señor Carlos González, adolece de nulidad absoluta por violación de las normas que regulan el procedimiento establecido para la venta de bienes de propiedad del ente demandado. " (fl. 628).

III. -CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de entrar al estudio de las alegaciones de las partes en lo referente a la naturaleza del contrato contenido en la Escritura Pública 46 de 1.977, o de su eventual nulidad, considera la Sala necesario definir, en primer término, si la Ordenanza No. 3 de 1.970, mediante la cual la Asamblea de Cundinamarca expidió un nuevo Código Fiscal, regía o no a la celebración del contrato sub-judice. Lo anterior por cuanto dicha norma es esencial en el análisis de la controversia planteada y con base en ella habrá de definirse la misma.

Afirma el apelante que la Ordenanza mencionada nunca rigió, pues la misma no fue promulgada debidamente, tal cual se constata según certificación de 2 de Septiembre de 1.985 que obra a folio 558 del Cuaderno 1, y que dice:

"EL SUSCRITO DIRECTOR DE LA GACETA DE CUNDINAMARCA

"CERTIFICA:

"Que revisados los archivos del Departamento no se halló legalmente promulgada la Ordenanza No. 3 de 1.970.

"Se encontraron ejemplares de un folleto con el texto de dicha Ordenanza, editado el 4 de Agosto de 1.970, publicación que se hace bajo el nombre de "Gaceta de Cundinamarca año LXVI Nº .9179 bis" pero de ninguna manera reúne las especificaciones señaladas para el Organo Oficial del Departamento en el Decreto 1136 de 1.908.

"El actual Código Fiscal (Ordenanza 24/77) se promulgó el 7 de Diciembre de 1.984 en la Gaceta No.10576.

"Dada en Bogotá a los dos (2) días del mes de Septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1.985)."

Como se observa, el funcionario que expidió la certificación, al referirse a la Ordenanza No. 3 de 1.970, afirmo que ella no fue "legalmente" promulgada. ¿Por que? se ignora; y al hacer alusión a la Ordenanza No. 24 de 1.977 simplemente expresó que estaba promulgada. ¿Como saber, con base en la misma certificación, si esta última ordenanza lo fue "legalmente"? También se lee que el texto del primer estatuto fue aplicado el 4 de Agosto de 1.970 mediante un folleto bajo el nombre de "Gaceta de Cundinamarca" pero agregó el funcionario que esa promulgación "de ninguna manera reúne las especificaciones señaladas para el Organo Oficial del Departamento en el Decreto 1136 de 1.908" ¿cuáles requisitos faltaron? El certificado no lo dijo. Lo que sí parece claro es que la Ordenanza Nº. 3 de 1.970 fue promulgada el 4 de Agosto de 1.970 en la publicación denominada "Gaceta de Cundinamarca", año LXVI, No. 9179 bis.

La legalidad o no de esa publicación no es cuestión que le corresponda decidir al funcionario administrativo que expidió la certificación sobre el hecho de la promulgación. Las atribuciones del Secretario de Gobierno, Director de la Gaceta de Cundinamarca, no le permiten resolver cuándo la promulgación de una Ordenanza es legal o ilegal, pues esto es función propia de los Jueces (arts. 55 y 137, 141 y 154 C. Nal.) y en tal sentido, al pronunciarse como lo hizo, invadió una órbita funcional que no le fue asignada. Se extralimitó en sus funciones el aludido secretario, pues tal definición no la tiene ni siquiera el Gobernador (art. 194 C. Nal.). No encuentra la Sala que la publicación hecha en el folleto llamado "Gaceta de Cundinamarca" aténte contra los artículos 106 y 109 del Código de Régimen Político y Municipal, ni contra lo que la misma Ordenanza Nº. 3 dispone.

Los actos administrativos en general están amparados bajo la presunción de legalidad, lo cual hace suponer que están acertados en el derecho; y como consecuencia de la legalidad presunta, también tienen la presunción de veracidad de los hechos afirmados como soporte para su expedición. No obstante lo dicho, el Juez de derecho está facultado para verificar esa legalidad, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, cuando el acto administrativo constituye fundamento de la decisión que ha de tomar en la sentencia. De no existir petición de parte, el Juez puede proceder de oficio, dándose así la posibilidad de aplicación por razones de ilegalidad o de inconstitucionalidad.

Y en el caso presente, no encuentra la Sala motivo alguno para suponer que la Ordenanza 3 de 1.970 no fue promulgada, ya que de la Certificación anexa al proceso (fl. 558), así como de los demás elementos que obran en el

expediente, se ve claramente que ella fue publicada en un folleto especial bajo la denominación "Gaceta Departamental ", que fue ampliamente difundida, y que era conocida por las partes en el caso *sub judice*, dándose así todos los elementos de publicidad oficial a que se refieren los artículos 602 de la Ordenanza Nº. 3, y 106 del Código de Régimen Político y Municipal.

"Dilucidado el punto anterior, procederá la Sala a estudiar los otros dos puntos centrales de la litis, esto es, la naturaleza administrativa del contrato sub-judice, para efectos de determinar la competencia, y el cumplimiento o no en el caso *sub-lite* de los requisitos y formalidades requeridos por la Ordenanza Nº. 3 para la venta de bienes inmuebles de propiedad del departamento de Cundinamarca o de sus establecimientos.

Para la Sala no existe duda en el sentido de que el contrato de venta de bien inmueble celebrado por la Beneficencia de Cundinamarca, a que se refiere el presente proceso, no es un contrato administrativo sino uno de derecho privado de la administración, y que, por consiguiente, las controversias que alrededor de él se susciten deben ser Ventiladas ante la jurisdicción ordinaria. Para llegar a tal conclusión, la Sala se basa en el análisis de los artículos 8, 14, 28, 29, 30, 40, 138, 139 y 147 de la Ordenanza Nº. 3 de 1.970 ó Código Fiscal de Cundinamarca, disposiciones que en su conjunto establecen el régimen contractual del departamento y el de sus establecimientos públicos.

Ahora bien, la norma rectora de tal régimen contractual es el artículo 14, el cual establece que los contratos celebrados por el Departamento, cualquiera que sea su naturaleza, son contratos administrativos. Para los establecimientos públicos, (art. 28) las disposiciones aplicables serán las que contengan sus estatutos y reglamentos propios, sin perjuicio de las normas especiales que el Código Fiscal ordena. Sin embargo, la forma antitécnica como están redactadas las disposiciones anteriores suscita dudas sobre el alcance real de las normas consagradas en el artículo 30 y en los capítulos II a IX del título I-CONTRATOS ADMINISTRATIVOS- del Código Fiscal de Cundinamarca (artículos 31 a 126). En efecto, mientras el artículo 14 dice que todos los contratos serán administrativos, los artículos 30 a 126 clasifican los contratos administrativos, en general, en nueve categorías diferentes (suministros, compraventa, arrendamientos, empréstitos, prestación de servicios, ejecución de obras, administración delegada y concesión) y a continuación proceden a describir las características y requisitos de cada uno de ellos. ¿Qué ocurre, entonces, se pregunta la Sala, con aquellos contratos que no caen bajo ninguna de las clasificaciones establecidas en las misma norma? Será que ellos son contratos atipicos, pero que aun a pesar de ello conservan su naturaleza de administrativos?

Para la sala ello no es posible, pues la misma filosofía de la contratación administrativa implica la existencia de criterios claros para determinar en

que momento se encuentran la administración y particularmente la persona con quien se contrata, ante un contrato administrativo, sometido a las formalidades y con las prerrogativas que tal definición implica frente al administrado. Generalizar que todo contrato, cualquiera que sea su naturaleza es administrativo, no produce sentido alguno, pues tal calidad se predica de aquellos convenios que la Ley ha definido como tales o, que por su contenido, se refieren a la prestación de servicios a cargo de la administración. Existen contratos de la administración que por su propia naturaleza no pueden ser administrativos, pues les es imposible la aplicación o exigibilidad de lo que tal calificativo implica, y existen otros para los que la calificación como contrato administrativo puede no producir efecto alguno. Por ello la evolución doctrinaria, legal y jurisprudencial en esta materia ha tendido a precisar, cada vez con mayor detalle, en qué eventos se está ante un contrato administrativo, y por ello, la única manera en que el artículo 14 de la Ordenanza Nº. 3 de 1.970 produce sentido es si se analiza a la luz de los contratos administrativos definidos como tales en los artículos 30 y siguientes de tal estatuto. Tal criterio es totalmente consonante con lo que, a nivel nacional ocurriría en materia de contratación por la época en que ocurrieron los hechos materia de la litis. En efecto, el decreto ley 150 de 1.976, vigente en ese entonces, definía con claridad cuales eran los contratos administrativos, y cuales los criterios para tal clasificación; y si bien ella no corresponde exactamente a la que unos meses más tarde consagró el Código Fiscal de Cundinamarca para la órbita departamental, si es claro que a nivel legal el propósito era el de avanzar en la precisión de la definición de cuales contratos de la administración eran administrativos, y cuales no, como en efecto se hizo mediante la norma mencionada.

Por eso es que la Ordenanza Nº 3 de 1.970 incurre en una contradicción entre lo que disponen sus artículos 14, por una parte, y 30 y siguientes, por la otra, que debe ser resuelta por el Juez aplicando principios elementales de hermenéutica, haciendo prevalecer las normas posteriores a la anterior, y por ello mismo debe entenderse que cuando el artículo 14 de la ordenanza 3 de 1.970 habla de que todos los contratos que celebre el departamento serán administrativos, se refiere es a todos aquellos contratos clasificados en el artículo 30 y definidos y caracterizados en los artículos 31 a 126 del Código Fiscal. Los que no estén incluidos en tal clasificación no lo serán, sino serán contratos de derecho privado de la administración, a menos que en cada caso particular las circunstancias específicas, o las cláusulas especiales que en el se incluyan, lleven a pensar lo contrario.

Y en el caso de los establecimientos públicos departamentales en Cundinamarca la situación es aún más clara, puesto que en materia de contratación a ellos les son aplicables, por virtud del artículo 28 del Código Fiscal, las normas especiales consagradas en los artículos 31 a 126 de tal Estatuto, además de lo que al respecto dispongan sus reglamentos y estatutos.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo anterior, puede considerarse que la venta de bienes inmuebles por parte del departamento o de los establecimientos públicos, es un contrato de naturaleza administrativa? La Sala no le cree así, pues la Ordenanza Nº. 3 no trae tal definición, ni de la naturaleza del contrato se desprenden aquellos elementos del servicio que son propios del contrato administrativo. Por una parte, el art. 40 del Código Fiscal calificó la compraventa -único tipo de contrato dentro del cual podría clasificarse la venta de bienes departamentales- como contrato administrativo, y la definió como la *adquisición* por el departamento del dominio de los bienes inmuebles requeridos para la normal prestación de los servicios a su cargo. Utilizó así los criterios funcional y de definición legal, pero restringió la clasificación de administrativo a los contratos para la adquisición por el departamento, o por sus establecimientos públicos, de los bienes necesarios para el servicio, lo cual, por exclusión, implicaría que lo que no es adquisición no caería dentro de tal calificación.

Por otra parte, la venta de bienes inmuebles esta regulada en un Título aparte del Código Fiscal, diferente al título II sobre contratos administrativos. Dicho título especial y aparte esta compuesto de doce artículos que consagran los diferentes requisitos y formalidades requeridas para tal negociación, sin el cumpliendo de los cuales ella no produce efecto jurídico. Pero cosa bien diferente es decir que los requisitos o formalidades para la enajenación, compra y manejo de los bienes departamentales les serán aplicables a sus establecimientos públicos (art. 147) a afirmar que por ello tales contratos adquieren el carácter de contratos administrativos. Así, la venta de bienes inmuebles por el departamento, o por sus establecimientos o empresas, no es un contrato administrativo ni por su contenido, ni por su definición legal, pero si está sujeto a ciertos requisitos y formalidades sin los cuales no genera efectos jurídicos.

Por consiguiente, y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, desarrollada desde hace varios años y aplicable al caso sub-lite aun bajo la vigencia de la ley 167 de 1941, las controversias originadas en contratos de derecho privado de la administración, en los cuales no se incluyó la cláusula de caducidad, como ocurre en el contrato celebrado entre la Beneficencia de Cundinamarca y el señor Carlos Fídolo González Cuellar a que se refiere el caso *sub-judice*, corresponde decidirlas a la jurisdicción ordinaria y no a la contencioso administrativa.

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 de 4 de Noviembre de 1.986 del tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual dicha Corporación declaró Absolutamente Nulo, por objeto ilícito, el contrato de venta del inmueble ubicado en la Carrera 24 con Calle 72 de Bogotá, consignado en la Escritura Pública Nº.46 de 4 de Febrero de 1.977, otorgada en la Notaría Diecisiete del Círculo de Bogotá, y se hicieron otras declaraciones, y en su lugar, ***resuelve***:

Declárese inhibido para decidir el fondo de la controversia planteada, por corresponder ésta a la jurisdicción ordinaria.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en sesión de fecha seis (6) de Septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

EXPROPIACION. DICTAMEN PERICIAL. TRANSITO DE LEGISLACION

En el *sub lite* se estaba tramitando la contradicción del dictamen cuando sobrevino el tránsito de legislación, razón por la cual el tribunal, como juez competente de primera instancia, avocó el conocimiento del proceso en el estado en que se encontraba y resolvió el incidente, mediante el auto objeto de recurso de alzada. A tal incidente le siguen siendo aplicables los recursos existentes antes de la expedición del artículo 55 del Decreto 2701/88, motivo por el cual la Sala avocará su conocimiento.

EXPROPIACION . DICTAMEN PERICIAL - Objeción

No consta en autos que los tres peritos hubieran examinado conjuntamente el predio objeto de avalúo, ni que hubieran deliberado entre sí para rendir el dictamen. Por el contrario, los peritos designados rindieron su dictamen antes de que el tercer perito del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria se hubiera posesionado. El hecho de que éste hubiera adherido posteriormente al dictamen de los dos primeros , no le imprime a la pericia eficacia legal por no reunir las formalidades previstas en el articulo 237 del C. P. C El dictamen tampoco reúne las condiciones de firmeza, claridad y precisión , ni en él se explican los fundamentos técnicos de sus conclusiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre seis (6) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente N°.5691 Actor :Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Demandado: Luis Miguel y Carlos Arturo Angarita Montealegre.

Apelación de auto.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial de la parte demandada, contra el auto del 16 de diciembre de 1.988, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso de la referencia , mediante el cual declaró no probada la objeción al dictamen pericial rendido por uno de los peritos y fijó el precio de la indemnización de la zona materia de la expropiación.

Como el recurrente apoya su solicitud "en el articulo 55 del decreto 2107 del 12 de Octubre de 1.988, reglamentario de la Ley 135 de 1.961, con las modificaciones introducidas especialmente por la Ley 30 de 1.988, la Sala se permite hacer las siguientes precisiones , en torno a la procedencia del recurso de apelación impetrado.

Antes de la vigencia de la Ley 30 de 1.988, la tramitación de los juicios de expropiación de predios destinados a programas de reforma agraria, se regía por las normas consagradas en el Código de Procedimiento Civil, por remisión del artículo 61, numeral 6 de la ley 153 de 1961, modificada por la ley 4a. de 1973.

Dentro de ese marco legal, la estimación del valor de los predios expropiados se regulaban y aún se regulan por peritación en los términos previstos por el artículo 233 y siguientes del C. de P. Civil, y contra las providencias del juez procedían los recursos de reposición o apelación.

Vigente la Ley 30 de 1988, el manejo de los recursos contra las providencias del juez en los procesos de expropiación varió, en el sentido de limitar el recurso de apelación para la sentencia, el auto que deniegue la apertura a prueba o la práctica de alguna que haya sido pedida oportunamente, y el auto que resuelva la liquidación de condenas .

El Decreto Reglamentario No. 2701 de 1.988, invocado por el recurrente, reza:

> "ARTICULO 55.- *De la apelación y el efecto en que se concede.* En el proceso de expropiación son apelables en el efecto devolutivo la providencia que deniegue la apertura a pruebas o a la práctica de alguna que haya sido pedida oportunamente. La providencia que resuelva la

liquidación de condenas es apelable en el efecto diferido , sin perjuicio de la consulta de que trata el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo. La sentencia que declare la ilegalidad del acto expropiatorio y deniegue la expropiación o se abstenga de decretarla , es apelable en el efecto suspensivo, la que la decrete en el efecto devolutivo.

"Contra la sentencia que decida el proceso de expropiación no procederá el recurso extraordinario contencioso administrativo de revisión ."

En ese orden de ideas, estima la Sala que no es cierto que el recurso interpuesto esté autorizado por la norma precedente . Todo lo contrario, el auto recurrido sería inapelable a la luz de la disposición transcrita , si no fuera por que al caso *sub-judice* el artículo 55 del decreto 2701 de 1988 no es aplicable, por las razones que se pasan a exponer .

En efecto, el artículo 40, Ley 153 de 1.887, preceptúa:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero 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."

Pues bien. Obsérvese que, aunque la ley 30 de 1.988 produjo un cambio en la jurisdicción, la segunda parte del precepto transcrito se refiere a las normas sobre sustanciación y ritualidad, para permitirle al nuevo juez el manejo y aplicación de las leyes vigentes en el tiempo histórico , cuando las actuaciones y diligencias ya estuvieren iniciadas.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se estaba tramitando la contradicción del dictamen cuando sobrevino el tránsito de legislación, razón por la cual el tribunal, como juez competente de primera instancia, avocó el conocimiento del proceso en el estado en que se encontraba y resolvió el incidente, mediante el auto objeto del recurso de alzada. A tal incidente, en el caso presente, le siguen siendo aplicables los recursos existentes antes de la expedición del artículo 55 del Decreto 2701 de 1988, motivo por el cual la Sala avocará su conocimiento.

Aclarado este aspecto, procede la Sala a decidir el recurso de apelación.

LA PROVIDENCIA CUESTIONADA.

El Tribunal Administrativo del Tolima, discurre, en lo pertinente :

"Mediante providencia de fecha catorce de Agosto de mil novecientos ochenta y cinco, el Juzgado Civil del Circuito- Circuito del Guamo,

decretó la expropiación por causa de utilidad pública e interés social, de 589.0206 hectáreas, junto con sus anexidades , mejoras, construcciones, servidumbres, que se encuentran y forman parte del predio "COFRADIAS", integrados por los lotes que se conocen con los nombres de Mangos y Puerto Rico, Cofradías, Peñaloza y Mojarras, ubicado en jurisdicción del municipio de Ortega, adjudicando al INCORA, el dominio pleno y absoluto de los lotes de terreno, ordenándose la inscripción y la entrega del área expropiada .

"Ordenando el sorteo de peritos avaluadores, se fijó la fecha del 15 de Febrero de 1.986, habiendo resultado favorecidos por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi los señores: PEDRO VALENTIN RIVERA Y GUILLERMO MIRANDA POR EL Consejo Asesor de Política Agropecuaria, y un tercero sorteado de ambas listas, siendo elegido el señor Hernando Guerrero, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, quienes tomaron posesión en su debebida oportunidad. (fl. 125 fte.)

"A folios 126 y 127 fte., corre dictamen pericial de avalúo por parte de los expertos del Agustín Codazzi, señores Hernando Guerrero Pérez y Pedro V. Rivera Torres, quienes tomaron el avalúo catastral de la fecha de la notificación de la Resolución de adquisición del predio "Cofradías" por parte del Incora (Septiembre 5 de 1975), fijando el precio de la indemnización en la suma de $1'425.848.05.

"Posteriormente se posesionó el perito sorteado del consejo Asesor de Política Agropecuaria, señor GUILLERMO MIRANDA; y éste rinde dictamen por separado, fijando el precio de la indemnización en la suma de $80.900.oo (sic) (fls. 137, 138, 139 fte.).

"El apoderado de los demandados en escrito que precede solicitó adición y complementación al dictamen pericial rendido por los peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, señores Hernando Guerrero y Pedro Valentín Rivera, a efectos de que éstos determinarán con precisión y claridad teniendo en cuenta al avalúo catastral del inmueble vigente, en consideración (sic) haber transcurrido más de un año desde la fecha de la oferta de la compra, INCORA no ha definido la negociación directa, ni decretado la expropiación, pudiendo el propietario actualizar el avalúo catastral del predio, surtiendo los efectos previstos en el art. 7o. del Decreto 2895 de 1.963, tomándose como referencia para determinar la indemnización (Decretos 1576 de 1.974, art. 18; Ley 135 de 1.961, ordinal 2o. inciso 3o.).

"Por su parte, la apoderada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora, objeta el avalúo pericial rendido por el perito del C.A.P.A., señor Guillermo Miranda, por considerarlo exagerado y solicita la práctica de algunas pruebas.

"El dictamen fue adicionado y complementado por los peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fls. 161 a 164), habiéndose determinado por el avalúo comercial vigente para el año de1.986, la zona materia de la expropiación en la suma de $47.294.442.oo

"La entrega de la zona materia de la expropiación efectuada por el Juzgado Civil del Circuito del Guamo, se hizo el 31 de Octubre de 1.986, entrando inmediatamente en posesión el Incora (fls. 186 a 193 fte).

"El perito del Consejo Asesor de Política Agropecuaria, aclara su dictamen, y se ahiere (sic) al avalúo de la zona de expropiación de $47´294.492oo, según peritos del Agustín Codazzi (fls. 195, 196).

"De esta suerte, se tiene que los dictámenes una vez adicionados y complementados, confluyen todos en fijar el valor de la indemnización de la zona materia de la expropiación de la suma de $47´294.492.oo, tanto por los peritos del Agustín Codazzi, como del Consejo Asesor de Política Agropecuaria, debiéndose tomar éstos como base para fijar el precio de la indemnización, por ser el que más se ajusta, encontrarse debidamente fundamentado, partiendo de la base del avalúo catastral vigente, ser emitido por peritos debidamente versados en la materia, como lo son los del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

"De ninguna manera puede optarse por el avalúo jurídico fiscal como pretende el Incora, o por el avalúo catastral vigente para el año de 1982, por cuanto con ello habría un desequilibrio entre el derecho particular y el interés general, ni pretender que la negligencia o demora redunde en beneficio de la misma Administración, como lo ha sostenido la reciente Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado." (fls. 215 a 217 C. 1).

Analiza luego el experticio rendido por el perito Eduardo Rodríguez, quien asesoró al Juzgado en la inspección judicial practicada con motivo de la objeción al avalúo del experto del C.A.P.A., para afirmar que no se logró demostrar la objeción por error grave predicada por la apoderada del INCORA.

Por último, apoyado en el numeral 4, artículo 58 de la Ley 135 de 1.961 y en el Decreto No. 1127 de 1.988, el a-quo fijó como precio de la indemnización de la zona materia de la expropiación, la suma de $47'294.442.oo.

LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente que se revoque la segunda parte de la providencia cuestionada y, en su lugar, se declare que, por falta de prueba, el monto de la indemnización no está aún determinado.

En la sustentación del recurso, sostiene que el experticio acogido por el Tribunal no se evacuó con las formalidades legales, porque los peritos omitieron examinar conjuntamente las cosas objeto del dictamen. Afirma que los dos peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, actuaron sin esperar siquiera la posesión del tercer perito perteneciente al Consejo Asesor de Política Agropecuaria. Anota que, a pesar de que el dictamen debía provenir conjuntamente de los tres auxiliares de la Justicia, éstos nunca deliberaron entre sí, y agrega que el dictamen acogido "viene sin fundamentación".

Finalmente dijo:

"Los señores peritos adscritos al Instituto Geográfico Agustín Codazzi se limitaron a dar una versión, por sí y ante sí, sin respaldo alguno, de los avalúos catastrales que en diversas épocas tuvo el inmueble, cuestión agena (sic) al debate, pues en tal caso lo indicado era pedir las Certificaciones al Catastro respectivo (folios 126 Y 127). Más tarde, ante la orden del señor Juez de concretar el avalúo comercial del inmueble, estimaron éste en la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE ($47'294.442 M/CTE), pero sin expresar por ninguna parte cuál la razón de su estimación, cuáles las investigaciones realizadas, cuáles los fundamentos técnicos de su conclusión. Por estas deficiencias, estimo que aquí no hay dictamen pericial, y por ello el Tribunal Administrativo no ha debido acogerlo." (fls. 228 y 229 C. 1).

LA REPLICA DEL INCORA

La mandataria judicial de la entidad demandada pidió la confirmación de la providencia recurrida, por cuanto el dictamen acogido reúne las exigencias contenidas en el inciso segundo, numeral 6o. artículo 61 de la Ley 135 de 1.961, subrogado por el artículo 25 de la Ley 4a. de 1.973.

Anota que los peritos fueron designados conforme a la ley y rindieron su dictamen de acuerdo a lo establecido en las normas agrarias propias de este trámite.

SE CONSIDERA:

A) Sea lo primero observar que el Tribunal de instancia, para acoger el avalúo presentado por los expertos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, tomó como soporte legal el numeral 4o. artículo 58 de la Ley 135 de 1.961, modificado por el artículo 24 de la Ley 30 de 1.988 (f. 219 C. 1), sin advertir que dicha disposición sólo es aplicable en la etapa preliminar de la negociación directa y que el avalúo rendido dentro del procedimiento de expropiación se produjo con anterioridad a la vigencia de aquella disposición.

Ahora bien. En cuanto a los reparos al dictamen pericial acogido por el Tribunal, le asiste razón al recurrente en la medida en que la prueba censurada carece de las formalidades legales establecidas para su práctica.

En efecto, no consta en autos que los tres peritos hubieran examinado conjuntamente el predio objeto del avalúo, ni que hubieran deliberado entre sí para rendir el dictamen . Por el contrario, los peritos Hernando Guerrero Pérez y Pedro Valentín Rivera Torres, designados de la lista del Cuerpo Especial del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, rindieron su dictamen el 15 de Abril de 1.986, (f. 127 vto. C. 1), antes de que el tercer perito del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria, doctor Guillermo Miranda, se hubiera posesionado. (f. 132 vto. C. 1).

El hecho de que el tercer perito hubiera adherido posteriormente al dictamen de los dos primeros (f. 196 C. 1), no le imprime a la pericia eficacia legal, por no reunir las formalidades previstas en el artículo 237 del C. de Procedimiento Civil.

El dictamen acogido, tampoco reúne las condiciones de firmeza, claridad y precisión, ni en él se explican los fundamentos técnicos de sus conclusiones. (art. 241 C. de P.C.).

Los peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, justipreciaron inicialmente la zona expropiable en $1'425.848.05 (fol. 126 C. 1), y en la adición del dictamen lo elevaron a la suma de $47'294.442.oo, sin expresar una razón que justificara el aumento. Y aunque es verdad que para asignar el nuevo valor, declaran que tuvieron en cuenta los avalúos catastrales vigentes en los años 1982 a 1986, lo cierto es que los certificados correspondientes no aparecen en el experticio. (fos. 161 a 165 C. 1).

Por su parte, el perito Guillermo Miranda, que en su primer dictamen avalúo la zona expropiable en $80'900.000.oo, resuelve adherir al dictamen de los dos primeros peritos, sin una motivación técnica justificable (fls. 195 y 196 C. 1).

La variedad de los dictámenes y la incierta apreciación de los expertos, hace que el avalúo del predio expropiado no tenga el suficiente soporte legal que sirva como elemento de convicción para fijar el monto de la indemnización.

B) La mandataria judicial del Incora no entiende porqué el recurrente pretende revivir etapas concluidas, como es el caso de la forma de elegir los peritos y el desconocimiento del dictamen, mediante el ataque a la providencia que fijó el monto de la indemnización. Y enfatiza que la ritualidad de los procesos de expropiación que adelanta el Incora, se rige por las normas especiales y no por las disposiciones del C. de P. C.

Sobre la parte final de la argumentación, la Sala se pronunció al principio de esta providencia, para darle claridad a la aplicación de las normas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios con ocasión del cambio de legislación, en materia agraria.

Respecto a la extemporaneidad de las objeciones del recurrente al monto de la indemnización , estima la Sala que el hecho de que no se hubiera impugnado la informalidad de los dictámenes en la oportunidad procesal, no priva al Juez de su autonomía para apreciar el alcance y el contenido probatorio de los experticios y calificar su eficacia legal.

C) Establecido que el dictamen acogido por el Tribunal no tiene consistencia jurídica, desaparece por sustracción de materia la objeción que por error grave le hiciera la apoderada del Incora al peritazgo del experto Guillermo Miranda.

En consecuencia, se revocará el auto impugnado, para que el Tribunal de instancia repita la diligencia de avalúo con intervención de nuevos peritos, conforme lo prescribe el artículo 57 del Dcto. R. 2107 de 1988.

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

RESUELVE:

Revócase la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 16 de Diciembre de 1.988, y en su lugar, ordénase la práctica de un nuevo avalúo sobre el predio expropiado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 6 de Septiembre de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala*; Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo de Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO

Cuando la administración termina un contrato en forma unilateral debe explicar claramente el por qué. Sólo así el contratista podrá defender sus derechos, si considera que esos motivos no se dieron o fueron irrelevantes, y si lo hace por motivos de conveniencia, orden público o interés general tendrá que indicar en qué consisten tales motivos cuál es su alcance. No podrá limitarse a afirmar la entidad contratante en forma genérica que la medida obedece a "razones de orden público" o "se estima conveniente" o "el orden público así lo exige", porque éste equivale a no decir nada. En el caso aquí estudiado se concluye que la resolución impugnada carece de motivación.

LIQUIDACION DEL CONTRATO

Cuando la liquidación se hace en cumplimiento de un acto de terminación unilateral y éste es anulado, virtualmente se producirá la desaparición del acto de liquidación, ya que éste no es más que el efecto obligado del primero. Si puede entenderse ese efecto con mayor razón se entenderá cuando, como en el caso concreto, se pidió la nulidad del acto de liquidación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E. Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº. 3106.-Contratos. Actor :Sociedad Blanco y Rosales Ltda.-

Procede la Sala a decidir el presente asunto.

Mediante demanda presentada el 2 de Noviembre de 1.980 la sociedad " Blanco y Rosales Ltda. " demanda la nulidad de la resolución 5727 de Julio 10 de ese año, mediante la cual el Fondo Nacional Hospitalario dio por terminado el contrato # 60/77 de 6 de Diciembre de 1977 para la construcción del edificio Nuevo Hospital de Tunja y la liquidación del mencionado contrato efectuado por el citado Fondo.

Como hechos se narran en síntesis en el libelo:

1) Que el Ministerio de Salud a través del Fondo Hospitalario Nacional, abrió licitación pública para la construcción del Nuevo Hospital de Tunja.

2) Que el contrato le fué adjudicado a la firma Blanco y Rosales Ltda. (resolución # 7918 de Noviembre 18 de 1.977) y se le exigió a ésta el envío de maquinaria y personal al sitio de la obra, antes de su formalización, para aprovechar la visita del señor presidente de la República, levantándose para el efecto un acta de iniciación provisional de la obra.

3) Que el contrato cumplió todas las exigencias de la ley, el que fué aprobado por el Consejo de Ministros y por el Consejo de Estado.

4) Que cumplido todo el trámite se levantó acta de iniciación real de la obra el día 26 de Abril de 1.978 y se señala como fecha de terminación el 26 de Agosto de 1.979.

5) Que al mes de haberse iniciado la obra se debió modificar la cantidad de obra contratada por no corresponder a proyecto aprobado.

6) Que la improvisación de la administración se pone de presente al comparar las diferencias existentes en los cálculos estructurales, así:

"*Cantidad de obra*: de 7.000 M2 aproximados en el pliego de condiciones y contratos originalmente, a 16.500 M2 de estructura;

Cantidad de material: de 124 toneladas de hierro a 600 toneladas;

Excavaciones: de 3.200 M3 a 22.000 M3.

Aumento de costos: el hierro: de $2´400.000.oo a $13´.000.000.oo."

Además, los planos resultaron incompletos.

7) Que dentro del área de la obra estuvo por más de un año el matadero municipal y que aún permanece allí el Cuerpo de Bomberos.

8) Que el contrato se prorrogó hasta el 26 de Junio de 1.980 y para el efecto se celebró el contrato adicional 38/79; prórroga que se produjo no por hechos imputables al contratista.

9) Que el 16 de Enero de 1.980 se acuerda reanudar la obra que estuvo suspendida desde el 27 de Agosto de 1.979; en el acta correspondiente se indicó que se reconocería al contratista los tiempos muertos de paralización.

10) Que a mediados de Marzo se produjo un considerable descenso en el suministro del cemento, lo que se agravó con el desvío que hizo el interventor de 5 toneladas hacia otra obra que adelantaba el señor Mojica, hijo del Director del Fondo.

11) Que se presentaron serias dificultades en el trámite de las cuentas parciales de obra y se rompió la armonía de la relación contractual.

12) Que pese a que se trató de lograr un acuerdo entre las partes (reunión de 6 de Mayo de 1.980) el día 12 de este mes se le informó a la contratista que el contrato se terminaría unilateralmente con base en la cláusula XXII y que se procedería a la liquidación dentro de los 60 días siguientes; pasos que se cumplieron y que son precisamente los impugnados en esta acción.

13) Que la liquidación no se ajusta a la realidad porque en ella " se desconoce sin ningún fundamento el pago de parte de las primas de las Pólizas, pues sólo se reconoce la suma de $202.550.oo, cuando lo pactado ascendió a la cantidad de $1'319.978.oo;, por concepto de publicación en el Diario Oficial, sólo se reconoce la suma de $3.410.79, cuando en realidad lo pagado fué de $18.427.oo; por concepto de timbre del contrato, el contratista pagó la suma de $95.994.oo,y en la liquidación sólo se reconoce por dicho concepto la cantidad de $17.064.75; el contratista contrató una comisión de Topógrafos para que rindieran y calcularan lo que el Fondo omitió tan alegremente en su proyecto, y por este trabajo pagó la suma de $186.853.71, y ahora el Fondo que se benefició de este trabajo sólo pretende reconocer la suma de $6.637.50.

Para no hacer extenso este punto, que será materia de la controversia, simplemente anotó que la LIQUIDACION UNILATERAL DEL FONDO, OMITE VALORES Por la suma de $14´052.061.71, suma considerable que al serle desconocida a mi mandante en la liquidación lo coloca en una situación de quiebra".

Las pretensiones de la demanda son del siguiente tenor:

" LO QUE SE DEMANDA:

"1.- Que es nula la Resolución No. 5.727 de fecha Julio 10 de 1.980 aprobada por el señor Ministro de Salud, mediante la cual se declaró unilateralmente terminado el Contrato No. 60/77 de fecha 6 de Diciembre de 1.977, celebrado entre LA NACION-FONDO NACIONAL HOSPITALARIO- y mi mandante, para la construcción del Edificio Nuevo Hospital de Tunja, Boyacá, y se dispone su liquidación.

"2.- Que como consecuencia de la nulidad del Acto Administrativo acusado, y en orden al restablecimiento del derecho violado, se declare:

·"a) Que el Contratista tiene derecho a que se continúe con él, la obra contratada , con las modificaciones y reajustes que sean necesarios y que la conveniencia pública aconsejen, respetando los legítimos derechos del Contratista.

"b) Que el Contratista tiene además pleno derecho, a que se le reconozca y pague todos los gastos que ha hecho por razón del Contrato desde cuando se inició éste hasta cuando se disponga su reanudación, y por lo tanto no hay razón para hacerse efectiva la fianza de la Compañía de Seguros de Colombia S.A. debiendo a la vez, reintegrar a los demandantes la suma de dinero retenido o descontada en la Acta de Liquidación.

"c) Que además del reconocimiento antes indicado, se debe decretar a su favor, como simple indemnización por el lucro cesante lo que corresponda a los intereses que aquéllas sumas hubieren podido reportarle a la tasa del interés legal..

"3.- En caso de que esa Honorable Corporación considere que la Resolución acusada y que sirve de soporte a la Liquidación que se rechaza y que es objeto de esta controversia, es formalmente legal, se disponga, que la Nación FONDO NACIONAL HOSPITALARIO está obligada a indemnizar a la Sociedad "BLANCO Y ROSALES LIMITADA ", por los daños y perjuicios que le han sido causados durante el desarrollo del contrato, como en la etapa de la liquidación del mismo;

"4.- Que en virtud de la declaración anterior, LA NACION -FONDO NACIONAL HOSPITALARIO, con imputación al Presupuesto del indicado organismo adscrito al Ministerio de Salud, o al que las disposiciones legales indiquen, debe pagar a la Sociedad BLANCO ROSALES LIMITADA, como indemnización de daños y perjuicios (Lucro Cesante -Daño Emergente), la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (25.000.000.oo) Moneda Legal o la cuantía mayor o menor que se fije mediante peritos, o lo que se pruebe en el curso del debate correspondiente, dentro del término de treinta (30)

días a partir de la ejecutoria de la sentencia que recaiga sobre esta demanda al tenor del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

"5.- Que además de la indemnización indicada en el punto precedente por los daños y perjuicios ocasionados a la firma Contratista "BLANCO Y ROSALES LIMITADA" se debe decretar el reconocimiento y pago de las sumas por concepto de honorarios, administración, obras ejecutadas, intereses pagados a terceros por descuento de cuentas no pagadas, y todos los gastos e inversiones que el Contratista hizo para toda la obra contratada."

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

La señora fiscal séptima de la Corporación en su vista de Marzo 20 de 1.990, estima que se deben denegar la súplicas de la demanda, referidas en los puntos 1 y 2; y que las distinguidas con los numerales 3,4 y 5 por no haberse impugnado el acto por el cual se ordenó la liquidación, o sea la resolución # 8188 de 11 de Septiembre de 1.980.

De esa vista fiscal se destaca:

En relación con las normas constitucionales citadas como infringidas debe precisarse lo siguiente: Una norma constitucional es un precepto de carácter general cuyo desarrollo corresponde a las leyes y decretos. En tales condiciones, lo normal es que la alusión a una norma constitucional, y por lo mismo su infracción, sea indirecta, por que existe una norma de inferior jerarquía que la desarrolla y resulta infringida de manera directa con una actuación administrativa viciada; y es por esta infracción que resulta indirectamente violada la disposición constitucional. En consecuencia, la mayoría de los casos no basta con mencionar la violación de la Constitución sino que resulta indispensable explicar cuál es la norma legal o reglamentaria que se infringe con una actuación administrativa y que da origen a la violación del precepto constitucional.

" En el presente caso se observa que se comentan los artículos de la Constitución para establecer las obligaciones de la administración, su responsabilidad y la falla en los procedimientos que da origen al enjuiciamiento de la actuación administrativa; pero no se precisa cuáles eran las normas que establecían en forma concreta tales obligaciones y procedimientos y la responsabilidad de la administración, y que al ser infringidas con la actuación administrativa, condujeran a violación indirecta de los preceptos constitucionales.

"La parte actora cita entre las normas violadas el Decreto 150 de 1.976 pero lo hace de manera general, contrariamente a lo dispuesto por la ley como presupuesto de la demanda, por lo cual no es posible para el fallador administrativo analizar una violación si no se precisa el artículo correspondiente, como lo ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada.

"El único artículo del Decreto 150 de 1.976 que se menciona, es el 191, que el Despacho procede a analizar frente al cargo de violación que aparece en la demanda.

" En primer término debe precisarse que la disposición citada aparece bajo el acápite · Liquidación de los contratos " y se refiere, por consiguiente, a la procedencia de la liquidación que, en el *sub judice* fué ordenada mediante Resolución No. 8188, dictada por el señor Ministro de Salud el 11 de Septiembre de 1.980 no demanda en el presente juicio, proferida con posterioridad al único acto acusado, Resolución 5727 del 10 de Julio de 1.980, por medio de la cual se declaró terminado el contrato y dictada, a su vez, por aplicación de la cláusula vigésima segunda del mismo contrato.

" Conforme a lo anterior, la norma invocada como violada no es aplicable al caso en estudio pues, se repite, mientras lo impugnado es la Resolución que dio por terminado el contrato, lo regulado por el Art. 191 citado es la procedencia de la liquidación que, para el caso presente, fué ordenada por la Resolución 8188 del 11 de Septiembre de 1.980, que no ha sido cuestionada.

"En cuanto a la violación del art. 1.602 del C.C. se debe observar que no se especifica el cargo de violación del precepto que tiene diferentes aplicaciones en consecuencia sólo puede inferirse que la Administración por aplicación del contrato y con invocación de una de sus cláusulas, lo dio por terminado, sin que pueda deducirse de tal acto y frente a lo expuesto en la demanda sobre el particular, violación del precepto.

Para la Sala no asiste la razón al Ministerio Público, por cuanto la resolución #5727 de 10 de Julio de 1.980, por la cual se declaró terminado unilateralmente el contrato 60/77 celebrado entre las partes, está afectada de nulidad, tal como pasa a explicarse:

El contrato de obra pública 60/77 fué terminado en forma unilateral por el señor Ministro de Salud, alegando para el efecto lo dispuesto en la cláusula vigésima segunda, según la cual " la Nación Fondo Nacional Hospitalario mediante resolución motivada podrá terminar el presente contrato o reducir su objeto *por cualquier causa que a su juicio haga necesaria tal determinación,* dando aviso al contratista con sesenta días calendario de anticipación" (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, frente a la legislación vigente a la sazón, o sea el decreto 150 de 1.976, cabe hacer las siguientes reflexiones:

La terminación unilateral de un contrato por parte de la administración como lo ha dicho repetidas veces esta Sala y lo retiró en su sentencia de Mayo 11 de 1.990 (Proceso 4217) "ha correspondido siempre el poder exorbitante que la Ley otorga a ésta, terminación que puede adoptar en términos generales la fórmula de caducidad por causales preestablecidas (artículos 48 y siguientes); puede obedecer al hecho de haberse celebrado el contrato con violación del régimen de incompatibilidades; y puede deberse a razones de conveniencia y orden público.

"El decreto 150 de 1.976 no contempla expresamente sino las dos primeras formas; vale decir, la caducidad y la terminación como sanción por violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

"La terminación unilateral de un contrato por parte de la administración, como régimen de excepción que es, impone, en principio, interpretación restrictiva con sujeción a la ley.

"Pese a esto y aunque nada haya dicho el citado decreto 150 sobre terminación por razones de conveniencia o de interés público, forma autorizada posteriormente por el artículo 19 de 1.982, del decreto 222 de 1.983 en armonía con el artículo 8o. de la ley 19 de 1.982, la administración también podía hacerlo en aquel entonces haciendo prevalecer el interés general sobre el particular. En tal evento, el contratista debía ser indemnizado en virtud del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, aun que no mediara culpa ni incumplimiento de la administración" (Sentencia citada).

Se transcribe la jurisprudencia en lo pertinente porque se ajusta en un todo a la realidad que muestra el caso *sub judice*, porque:

a) El contrato se celebró dentro del régimen del decreto 150 de 1.976; y b) El acto de terminación (resolución 5727 de 10 de Julio de 1.980) fué dictado con fundamento en razones de conveniencia, tal como se expresa en sus considerandos, por cuanto " dentro de la ejecución del contrato se han presentado distintas circunstancias de orden económico y técnico. " y c) No alegó la administración para terminarlo ninguna de las causales previstas para la caducidad del contrato ni arguyó la infracción al régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

Precisado lo anterior, hay que concluir que la terminación del contrato obedeció única y exclusivamente a razones de conveniencia administrativa y la administración ni si quiera arguyó motivo o causal diferente.

Aunque la cláusula que tal conducta permitió, alegada como apoyo (la vigésima segunda), hable en forma general " de cualquier causa que a su

juicio haga necesaria tal determinación " no podrá entenderse por ésta sino aquélla impuesta por el interés general o el orden público, motivos únicos justificativos de una terminación cuando no sedan motivos de caducidad o de incompatibilidad o inhabilidad y eso por que el interés general que representa y salvaguarda la administración prevalece sobre el interés particular del contratista.

En este sentido la cláusula no otorga una potestad discrecional a la administración por que, en general, todas las causales de terminación deben ser regladas, bien porque estén contempladas en la Ley o en el contrato, el que, en definitiva también es la ley para los contratantes.

La terminación de un contrato administrativo tanto en el régimen del decreto 150 de 1.976 como en el actual o 222 de 1.983, requiere en todos los casos resolución motivada; motivación que no puede cumplirse con la simple formulación de frases genéricas o de comodín susceptibles de ser aplicadas a todos los casos, porque los motivos así expuestos se consideran insuficientes, hasta el punto que se estiman por la doctrina como no expuestos.

Cuando la administración termina un contrato en forma unilateral debe explicar claramente el porqué. Solo así el contratista podrá defender sus derechos, si considera que esos motivos no se dieron o fueron irrelevantes, y si lo hace por motivos de conveniencia, orden público o interés general tendrá que indicar en qué consisten tales motivos y cual es su alcance. No podrá limitarse a afirmar la entidad contratante en forma genérica que la medida obedece a " razones de orden público" o "se estima conveniente " o "el orden público así lo exige", porque este equivale, como se dijo, a no decir nada.

Las razones de orden público o de interés general, genéricamente conocidas como de conveniencia, esgrimidas por la administración deben tener entidad y relevancia y son controlables jurisdiccionalmente. Como lo ha dicho la jurisprudencia esas razones están envueltas en el control de legalidad y no en el simple control del mérito. Control de legalidad que se extiende no sólo a constatar la veracidad de los motivos expuestos, sino también a evaluar la seriedad, la pertenencia de estos y la proporcionalidad con la medida tomada .

Aplicando estas ideas al caso aquí estudiado debe concluirse que la resolución impugnada carece de la motivación. La razón expuesta para terminar el contrato cuestionado constituye una típica motivación de comodín. Decir "que, dentro de la ejecución del contrato se han presentado distintas circunstancias de orden económico y técnico que han hecho ver la conveniencia de hacer uso de la facultad consagrada en la cláusula vigésima segunda del contrato principal # 60/77 y que justifica la terminación del mismo", equivale a no decir absolutamente nada, a no motivar.

Cuáles circunstancias de orden económico hicieron conveniente esa terminación? Cuáles fueron esos motivos de orden económico ? La resolución 5727 no da respuesta alguna y esos motivos, si realmente existieron, debieron exponerse en el cuerpo del acto administrativo, fuera de que ni siquiera pueden desprenderse del expediente administrativo, el que, por el contrario, muestra que la conducta de la administración no fué la más ordenada y ortodoxa desde el punto de vista contractual.

Coincide en este punto la Sala con lo alegado por la parte actora, la que en su demanda anota:

" La decisión administrativa que se enjuicia desfigura por completo lo establecido en el Decreto-Ley 150 de 1.976, cuyo propósito no pudo ser otro que el de garantizarle a las personas que contraten con el Estado, por que han demostrado suficiente capacidad técnica, excelente organización y solvencia operativa y financiera, y que mientras cumplan sus compromisos, no se les puede atropellar, pues en este campo la actuación de la Administración es reglada y en supuesto y discutible caso, de que se aceptara cierta discrecionalidad administrativa, ésta no podría confundirse con la LIBERTAD DE ACCION, pues ya se vio claramente en los razonamientos precedentes sobre el artículo 20 de la Constitución, que el funcionario NO PUEDE hacer sino lo que lo Constitución, las leyes o los reglamentos les autorice expresamente, y viola estos reglamentos por acción u omisión. Los procedimientos establecidos en el estatuto de los Contratos con la Nación, este es, el Decreto Ley 150 de 1.976, serían nulatorios, si se aceptara que la Administración por si y ante sí, puede proceder a TERMINAR un contrato, sin atemperarse al procedimiento que antecede a esta decisión, bien sabido es, que al seguirse cualquier procedimiento, deben cumplirse las formalidades preestablecidas. Lo anterior es un mandato, no sólo Constitucional, artículo 26, si no legal y así se desprende claramente del artículo 191 del Decreto-Ley 150 de 1.976 antes comentado, el cual ordena, como se indicó ya unas actuaciones previas, o mejor, unas situaciones claramente establecidas que no es posible pretermitir. Además como en diferentes providencias el H. Consejo de Estado y concretamente esa Sección Tercera, ha sostenido que mientras no se produzcan reformas en la legislación sobre los Contratos administrativos, éstos seguirán estudiándose a la luz de los principios del Derecho Civil, el Contrato es Ley para las partes (Art. 1.602 C.C.) correspondiéndole al Juez aplicar a los mismos las teorías que tratan hoy en día de proteger los desequilibrios económicos y políticos como es, entre otros, la de la imprevisión, y guardar el equilibrio de las cargas públicas a que se encuentran sometidos los ciudadanos, siguiendo el criterio que da razón de ser al Contencioso Administrativo: La defensa de lo ciudadanos de los abusos del poder."

La terminación de un contrato por razones de orden público debe obedecer a motivos de especial gravedad o seriedad.

Tan cierto es esto que su consagración legal el estatuto contractual vigente está sometida a serias restricciones que ponen de presente su excepcionalidad. Por un lado, sólo procederá cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato; y por el otro, sólo podrá dictarse luego de consultar con el Consejo de Ministros y no podrá basarse sino en consideraciones de orden público o coyuntura económica crítica.

El hecho de que el decreto de 150 de 1.976 no tuvieron consagración expresa esta forma de terminación por razones de orden público y sí en el decreto 222, le permite al juzgador tomar este último estatuto como hito interpretativo para medir su alcance.

La liquidación

La nulidad del acto de terminación en el caso *sub judice* deja sin efectos la liquidación que se cumplió en ejecución del mismo.

La liquidación de un contrato, que puede impugnarse en algunas hipótesis en forma separada del acto de terminación, en otras exige impugnación conjunta con éste porque el vicio que la invalida o afecta estará no en la liquidación misma sino en el acto de terminación del contrato.

La liquidación de un contrato, hecha en forma unilateral por la administración, que conforma un acto administrativo, tiene su propia autonomía bien se dicte en cumplimiento de un acto de terminación unilateral o de caducidad, o de un orden de liquidación si no medió decisión en tal sentido.

Autonomía que permite su impugnación separada del acto que le puso fin anormal cuando el motivo de la controversia (económico o legal, o de hecho o de derecho) radique en la liquidación misma; y que impone su impugnación conjunta con el acto de terminación cuando ese motivo esté precisamente en éste.

Cuando la liquidación se hace en cumplimiento de un acto de determinación unilateral y éste es anulado, virtualmente se producirá la desaparición del acto de liquidación, ya que éste no es más que el efecto obligado del primero. Si puede entenderse ese efecto con mayor razón se entenderá cuando, como en el caso concreto, se pidió la nulidad del acto de liquidación.

Cuando la liquidación se ordena por la administración, sin que medie un acto de terminación o caducidad, esa orden en sí no conforma un acto administrativo ejecutorio, sino que constituye un acto de trámite. Esta misma Sala ha tenido oportunidad de sentar esa idea en varias ocasiones, entre las que se destacan las sentencias de septiembre 25 de 1.984 (Proceso 3900 Actor : Francisco de Paula Bermúdez) y Agosto 19 de 1.986 (Proceso 2678 Actor: Jesús María Murgueitio). En aquella, por ejemplo, se destaca:

> "Pese a la existencia de una resolución (la 195 de octubre de 1.979) que ordenó la liquidación del contrato y del acta de liquidación consiguiente (# 4 de 26 de Noviembre siguiente) no impugnadas expresamente la parte actora, la Sala estima que la demanda no es inepta.
>
> "En primer término, porque la resolución 195 es un acto de simple trámite que no definía en ningún sentido la relación contractual. Si ya en contrato había vencido, el paso obligado era el de la liquidación, mediaría o no la orden expresa para ello."

Con la cita que se deja transcrita se le responde a la fiscalía su argumento, ya que ésta sostiene que la demanda presenta el defecto de no haber demandado la resolución #8188 de 11 de Septiembre de 1.980 mediante la cual el señor Ministro de Salud ordenó la liquidación del contrato. Fuera de ser un acto de trámite, se repite, esa orden de liquidación sobraba, ya que estaba hecha en forma inequívoca en los artículos 2º y 3º de la resolución 5727 impugnada.

Al anularse el acto demandado, como es obvio, revivirá el vínculo contractual roto. Por eso teóricamente tienen sentido las pretensiones indicadas en los literales a, b y c del numeral 2 de " lo que se demanda " (a folio 174 vuelto). Se dice que teóricamente por que la jurisdicción en el caso concreto no podrá imponerle coercitivamente la administración que continúe la ejecución del contrato con quien no quiere (típica obligación de hacer). Además, tampoco podrá olvidarse que luego de las decisiones tomadas no cabe pensar en la existencia de una armonía contractual que permita la culminación feliz de la obra contratada. Fuera de esto en el presente asunto se da un hecho que da al traste con esa pretensión de continuar la ejecución, y es el aceptado por la misma parte actora en la demanda, cuando afirma: " Contrasta con más claridad la grosera violación de la Ley de la adjudicación del contrato que días después hizo la administración a una firma de ingenieros de Chiquinquirá, para que continuara la obra, por el sistema de administración delegada, desapareciendo como por encanto " las circunstancias de orden económico y técnico que han hecho ver la conveniencia de hacer uso de la facultad consagrada en la cláusula vigésima segunda del contrato principal # 60 de 1.977 y que justifica la terminación del mismo" como lo expresa uno de los considerandos de la resolución acusada ". La prueba testimonial recepcionada dentro del proceso también confirma la ejecución de la obra por un tercero (a folio 118 y siguientes C. #2).

Dada la no procedencia de la pretensión principal en cuanto al restablecimiento, se entiende, la Sala interpreta la demanda en su conjunto y concluye que la parte actora quiere realmente que se le cumpla el contrato; pero, como no es posible imponerle la administración que continúe vinculada contractualmente con quien no desea, todo se reduce a una pretensión indemnizatoria por incumplimiento.

Incumplimiento de la administración que tuvo su culminación cuando en forma ilegal terminó el contrato y lo liquidó.

Aquí se pregunta la Sala: Fuera de la terminación indebida que hizo el Fondo Hospitalario, cuál fue su incumplimiento y cual es la indemnización pretendida por la actora y por qué concepto? La demanda responde en forma vaga e imprecisa: El Fondo Nacional Hospitalario debe pagar " como indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante daño emergente) la suma de veinticinco millones de pesos (25.000.000.oo)". Además, " se debe decretar el reconocimiento y pago de las sumas por concepto de honorarios, administración, obras ejecutadas, intereses pagados a terceros por descuento de cuentas no pagadas, y todos los gastos e inversiones que el contratista hizo para toda la obra contratada.

La vaguedad e imprecisión se acentúan con la confusión que se hace en la demanda de los perjuicios y sus fuentes, ya que a ciencia cierta no se aclara si el daño se reclama como causado por el acto de terminación del contrato o por el incumplimiento de la administración a sus obligaciones contractuales. Además, no existe ninguna claridad en la identificación de los perjuicios. Baste pensar que reclama en la pretensión 2, literal b, que se le paguen todos los gastos que ha hecho por razón del contrato desde cuando se inició éste hasta cuando se disponga su reanudación. Cuáles gastos? Todos? No es posible, por que la administración hizo pagos múltiples, tal como se desprenden del dictamen pericial (a folios 138 y siguientes del C. #2) y del mismo acto de liquidación y que ni siquiera glosa la contratista.

Cuál es la suma retenida o descontada en el acta de liquidación ? Cuáles son los perjuicios que se le causaron durante el desarrollo del contrato y cuáles, durante la etapa de liquidación ? De donde surge la suma de $25'000.000.oo por concepto de daño emergente y lucro cesante ? De esta suma, qué corresponde a lo primero y qué a lo segundo ?

En qué parte de la demanda se discriminan y estiman cuantitativamente lo rubros que la administración debe pagar por concepto de honorarios, administración, obras ejecutadas, intereses pagados a terceros por descuento de cuentas no pagadas y todos los gastos e inversiones que el contratista hizo para toda la obra contratada ?

Imprecisión mayor no es posible y cuando se trata de acciones de condena existe la obligación legal de anunciar las pretensiones " clara y separadamente en la demanda, tal como lo manda el inciso segundo del artículo 138 del C.C.A. (24 del decreto 2304 de 1.989).

Además, en el rubro de inventario de almacén y costos directos e indirectos se afirma que fueron omitidas partidas, por un gran total de $14'052.061.71, sin una adecuada y precisa discriminación y sin explicar el porqué debían ser reconocidas. Fuera de que el capítulo no tiene mayor fundamentación no es ni siquiera concreto porque la demandante no habla de todas las partidas omitidas sino de algunas de ellas. No otro alcance tiene la frase " entre otros han sido omitidos los siguientes ".....

No obstante esto y las imprecisiones que se observan en los ataques que se le formaron a la ejecución del contrato la Sala pasa a estudiar el dictamen pericial, tratando así de adquirir certeza sobre las pretensiones indemnizatorias y su estimativo y sobre el cumplimiento de las partes en sus obligaciones respectivas.

Muestra ese dictamen, que obra a folios 138 y siguientes del C. #2, dos partes bien delimitadas. La primera relacionada con el cumplimiento de las partes y la segunda, con la liquidación efectuada por el Fondo. En este orden de ideas, se anota:

Consideran los peritos, con razones que acoge la Sala:

a) Que las instalaciones del Matadero y Cuerpo de Bomberos que existían dentro del lote donde se debía construir la obra contratada no impidieron ni obstaculizaron la labor de la contratista. Antes, por el contrario, el edificio del Cuerpo de Bomberos fué utilizado por ésta como campamento y su ubicación estaba a una distancia del parámetro de la construcción de 28.50 mts. Cosa igual sucedió con el matadero, que aunque se demolió luego de iniciado el contrato, también estaba por fuera del área de construcción de las obras.

Lo afirmado por los peritos pudo constatarse con la inspección judicial que obra a folios 118 y siguientes del C. #2, practicada el 12 de marzo de 1.982 por el tribunal administrativo de Boyacá.

b) Que los planos utilizados por la firma contratista le fueron suministrados con el pliego de condiciones y su mayoría aparecen fechados en 1.976; algunos con pequeñas modificaciones en 1.979; planos que a la fecha del dictamen se estaban utilizando en la construcción .

c) Que la propuesta hecha por la demandante se hizo en un todo de acuerdo con las cantidades que se aprecian en el cuadro de cantidades de obra

y presupuesto de la licitación #02/77 de Octubre 14 de 1.977; condiciones que sufrieron variaciones de acuerdo con la condiciones que se dieron durante la ejecución de la obra.

d) Que el Departamento técnico -Sección de Ingeniería del Fondo Nacional Hospitalario - no se equivocó al elaborar los planos arquitectónicos y diseño estructural y que las variaciones que se dieron en cuanto a la cantidad de obra obedecían a la índole del contrato (a precios unitarios), en el que las obras se estiman inicialmente con la advertencia que puede resultar más o menos.

e) Que vista la obra ejecutada por la contratista cabe concluir que durante el plazo de ejecución -descontando el término de congelación - no se trabajó el ritmo acordado y que lo construído no se compadece con el plazo total del contrato.

f) Que es técnicamente posible variar o delimitar la parte de una estructura que se va a construir. Y que el cambio fué aceptado por la contratista, tal como aparece en el acta # 2 de Diciembre 12 de 1.978 (ver nl. 2 del acto " metas físicas a realizar en el contrato) en la que se autoriza a la parte técnica del Fondo " para delimitar la parte de la estructura total que se podrá construir."

Lo hasta aquí expuesto no muestra incumplimiento por parte de la entidad demandada, que comprometa su responsabilidad.

Frente a la liquidación efectuada por el Fondo, los peritos conceptuaron:

Primero: La liquidación correspondiente a actas de obra normal ejecutada (contrato 60/77), actas de obra adicional (contrato 51-78), actas de obra complementaria (contrato 51-78 y 44-69), actas de reajuste normal, actas de reajuste obra adicional, actas de reajuste de obra complementaria, coincide con la realidad y " suman un valor total pagado a Blanco y Rosales Ltda. de $17'278.347.66 más lo correspondiente a descuento de anticipo por $1'419.484.28 da un gran total de $18'697.831.94.

Se observa que esta apreciación pericial no aparece contradicha con ninguna otra prueba.

Segundo: La liquidación del anticipo de los contratos 60/77 y 51/78 asciende a $11'279.322.58, suma que adeuda la contratista y que coincide con la señalada por el Fondo en su operación liquidatoria (a folio 11 del C. #1).

Tercero: El inventario de almacén que obra a folios 12 del mismo cuaderno y que suma $538.829.26 es correcto. Inventario que para efectos de la cláusula vigésima no debía referirse sino a los materiales de construcción necesarios que tenía en existencia la contratista con destino a la obra para

cumplir el programa durante los dos meses siguientes a la fecha del aviso. Inventario, como afirman los peritos, que no puede incluir el equipo y las herramientas de propiedad de la contratista porque " para poder participar en la licitación la firma debió ser calificada anteriormente, y uno de los requisitos es el de tener equipo y herramienta para esta clase de construcciones. " (a folio 144 del c. #2).

Cuarto: En cuanto a costos directos e indirectos, los peritos señalan que se debe reconocer al contratista lo siguiente: por concepto de primas de seguro pagadas de más, la suma de $1'066.760.80; por jornales durante el período de suspensión de la obra $129.818.42; por el valor del tanque, según reconocimiento hecho por el interventor, $20.767.97; por comisión de topografía, según cuentas presentadas por el contratista y no discutidas por el Fondo, $186.853.71; por arriendo y servicios en cuentas asimismo no discutidas tampoco, $46.661.67; y por obra ejecutada de Marzo 20 a Mayo 21, $21.375.03.

Para los mismos expertos los valores pagados por timbre nacional de los contratos y por publicación en el Diario Oficial no deberán reconocerse, ya que son costos que debió pagar la contratista para poder ejecutar el contrato.

Quinto: Por concepto de endoso de las cuentas adicionales y complementarias a invercrédito, al contratista se le debe reconocer la suma de $436.295.67..

Sexto: En cuanto a lucro cesante del equipo por paralización de la obra durante cinco meses, los expertos indican la suma de $779.160.oo.

Para la Sala el dictamen de los expertos merece acogida y las cifras señaladas deberán tenerse en cuenta para la liquidación que con base en esta sentencia deberá cumplirse. Asimismo deberá tenerse en cuenta que la contratista, si hubiera podido ejecutar la totalidad del contrato, habría recibido una utilidad determinada, la que podrá establecerse pericialmente, teniendo en cuenta que no deberá referirse sino a la parte de la obra que no se ejecutó. Para el efecto servirá de referencia la propuesta inicial hecha por la contratista en lo que toca con este punto específico. De la suma así determinada deberá descontarse un 50% dado que la conducta incumplida tanto de la contratista como de la administración jugó papel decisivo en la terminación del contrato, la que debió hacerse por razones distintas a las expuestas en el acto de terminación.

La liquidación deberá hacerse en forma incidental, artículo 137 del c. de P.C. (decreto 2282 de 1.989) y 172 del C.C.A..

Aunque la contratista pida intereses legales la Sala estima, para evitar equívocos, que deben ser comerciales y no civiles.

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:

Anúlase tanto la resolución #5727 de fecha 10 de Julio de 1.980 dictada por el señor Ministro de Salud, mediante la cual se declaró terminado el contrato 60/77 para la construcción del edificio nuevo Hospital de Tunja, como la liquidación de 10 de Septiembre de 1.980, hecha por la dirección del Fondo Nacional Hospitalario.

2) Como consecuencia, liquídase el contrato citado y sus adicionales, teniendo en cuenta las precisiones hechas en la motivación.

3) Si hecho el trabajo liquidatorio, el que deberá efectuarse mediante incidente (artículo 137 del c, de p.c., en armonía con el 172 del c.c.a.), resultare saldo a favor de la contratista, éste devengará intereses a la tasa legal comercial que certifique la Superintendencia Bancaria desde 10 de Septiembre de 1.980 y hasta la ejecutoria de la sentencia.

4) Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A..

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 6 de Septiembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla*; *Gustavo de Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CADUCIDAD. DEMANDA-Presentación

Si bien es cierto que el Decreto 01/84 disponía en su artículo 142 que «Toda demanda deberá presentarse personalmente ante el Secretario del Tribunal a quien se dirija. El signatario que se halle en lugar distinto podrá remitirla previa autenticación ante el juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada al recibo en el despacho judicial de destino», debe entenderse cuando se trata de la remisión dentro de la misma jurisdicción y la fecha que debe tomarse en cuenta es la de presentación inicial de la demanda, pues el accionante recurre en busca de sus pretensiones ante la jurisdicción competente, sólo que ésta ha ampliado su descentralización con el objeto de hacer más expedita la administración de justicia.

ADJUDICACION DE BALDIOS - Improcedencia/**POSESION**

En el caso *sub lite* no deja de ser asombroso el hecho de que puedan existir dos posesiones simultáneas sobre un mismo predio y sin perturbación de ninguna clase a ninguna de ellas; pero para la Sala sí es claro por el acervo probatorio, que la posesión del actor no admite duda, y más aún, su posesión se acredita como más antigua por lo cual en derecho ella prevalece, y queda descartada la afirmación de que el predio objeto de la adjudicación pudiera considerarse como baldío adjudicable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa (1990)

Consejo Ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente Nº.5993 Actor : Joaquín Pablo Padilla L.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 19 de septiembre de 1.989, mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES :

1. El Señor Joaquín Pablo Padilla Luna mediante apoderado demandó la nulidad de las Resoluciones 0556 de mayo 19 de 1.986, por la cual el Incora adjudicó a la señora Ana María Aris Gómez un predio denominado «Villa Sandra», y la No. 0012103 del 20 de abril de 1.988 por la cual se negó la solicitud de revocatoria directa de la anterior. También solicitó al actor se le restablezca el derecho que le corresponde como propietario y poseedor del inmueble, y se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Cereté, la cancelación del registro de la resolución impugnada.

2. Como fundamento de la demanda, el actor expone los siguientes Hechos:

«Mi poderdante JOAQUIN PABLO PADILLA LUNA, antes de la resolución impugnada, venía ejerciendo en forma pacífica e ininterrumpida con ánimo de señor y dueño, la posesión material por mas de cuarenta (40) años de un predio denominado «EL QUEMADO» o «ANDALUCIA», ubicado en la región del mismo nombre, jurisdicción del Municipio de Cereté, de aproximadamente Cuatro (4) hectáreas de extensión y determinado por los siguientes linderos: Por el FRENTE, con el Río Sinú, por la Derecha Entrando, con predio de los sucesores de LEON MADERA VASQUEZ, por el Fondo, carretera que de Cereté conduce a Montería y por la izquierda, con el predio de GUADALUPE PADILLA NARVAEZ VIUDA DE GARCIA. Este predio antes de ser dueño mi poderdante pertenecía a su finado padre PEDRO ELISEO PADILLA POLO.

2.- En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, cursa el proceso sucesorio intestado del finado PEDRO ELISEO PADILLA POLO, padre de mi representado, este proceso fue abierto y radicado mediante auto de fecha Noviembre 24 de 1.978. Dentro de este proceso sucesorio, se denunció como de propiedad del causante un bien denominado «EL QUEMADO O ANDALUCIA», bien éste que fue descrito por sus cabidas y linderos en el punto anterior de estos hechos y que pertenece a mi poderdante por su posesión de más de Cuarenta (40) años.-

3.- El causante PEDRO ELISEO PADILLA POLO, adquirió el bien a que hicimos referencia en el punto anterior, mediante la escritura Pública No. 143 de fecha Julio 7 de 1.941 de la Notaría de Cereté, la cual fue Registrada el 18 de Mayo de 1.944; y cuya matrícula inmobiliaria es la No. 143-000-6308, tal como se desprende de la fotocopia auténtica de la escritura y del Certificado de Libertad y Tradición que acompañó a esta demanda. Todo esto lo atraemos a colación, para demostrar que el bien en mención jamás ha sido baldío pues antes de ser de mi poderdante pertenecía a su finado padre tal como se desprende de las pruebas aportadas.

4.- Dentro del sucesorio referido se ordenó en dos (2) ocasiones, el secuestro del bien en mención, en la primera de ellas, llevada a cabo el día 10 de julio de 1.981, mi poderdante como poseedor material por más de cuarenta (40) años, se opuso en legal forma, y el secuestro no se practicó porque el abogado de la contraparte no insistió en el mismo,- (folio 28, 29, y 30 de la fotocopia autenticada de las diligencias de secuestro que acompaño a está).-

En la segunda oportunidad en que decretó el secuestro del bien, ocurrido el día 18 de enero de 1.983, mi poderdante se opuso nuevamente en legal forma, aportando pruebas de su posesión y en esta ocasión el secuestro se llevó a cabo y se dejó a mi representante en calidad de SECUESTRE OPOSITOR, y hasta la presente ejerce tales funciones; esto lo demostramos con la certificación expedida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, así como de las copias de las distintas diligencias de secuestro practicadas de las cuales anexo fotocopia auténtica.- (folio 72, 73 y 74 de la fotocopia autenticada de las diligencias de secuestro que acompaño a ésta).-

5. La señora ANA MARIA ARIS(sic) GOMEZ, amante de un hermano de mi poderdante llamado PEDRO ELISEO PADILLA NARVAEZ, más conocido como «PAPITO» solicito al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA «INCORA» SECCIONAL CORDOBA, se le adjudicara un lote de «Terreno Baldío» (Según ella) a quien lo denominó "VILLA SANDRA", Ubicado en el Paraje de Leticia Municipio de Cereté, y cuyos linderos según planos del Incora quedaron así: según plano No. B325-598 obra No. 2305 77-10 del INCORA se tomó como punto de partida el Delta 2 localizado al Nordeste del predio donde concurrieron las colindacias de LUIS MARTINEZ, Calle pública y el solicitante colinda así: NORTE del detalle 2 al delta 11 con calle pública en 76 metros, Este del Delta 11 al Detalle 3 con GUADALUPE PADILLA VIUDA DE GARCIA, en 209 metros, Sur del Detalle 3 al Delta 1 con la carretera que de Cereté conduce a Montería, en 68 metros, Oeste del delta 1 al Detalle 1 con ELIECER PADILLA, en 52 metros, del detalle 1 al Delta 3 con SILVIA HERNANDEZ, en 40 metros del

Delta 3 al Delta 4 con BERNARDO ECHEVERRY, en 20 metros, del Delta 4 al Delta 5 con JOSE SANCHEZ, en 20 metros, del Delta 5 al Delta 6 con PEDRO ANDRADE, en 17 metros, del Delta 7 con NIDIA MORALES, en 20 metros, del Delta 7 al Delta 8 con OTONIEL PEREZ, en 20 metros, del Delta 8 al Delta 9 con OSCAR POSADA, en 21 metros, y del delta 9 al Detalle 2 con LUIS MARTINEZ en 36 metros y cierra el polígono.

6.- Resulta que ese lote que solicitó la señora ANA MARIA ARIS(sic) GOMEZ se le adjudicará por el INCORA, como Baldío y que describimos en el punto anterior hace parte integrante de la finca de mayor extensión que fue descrita en el punto primero de los hechos; dicho en otras palabras; el bien que le adjudicó el INCORA, a la señora ANA MARIA ARIS GOMEZ, como baldío, es el mismo bien que se encuentra secuestrado dentro del proceso sucesorio del finado PEDRO ELISEO PADILLA, es el mismo bien perteneciente a mi poderdante en su calidad de poseedor material por mas de cuarenta (40) años.-

7.- El INCORA mediante resolución No. 0556 de fecha mayo 19 de 1.986, le adjudicó a la señora ANA MARIA ARIS(sic) GOMEZ, el bien perteneciente a mi poderdante y la adjudicación le fue notificada el día 23 de mayo de 1.986.-

8.- La señora ANA MARIA ARIS(sic) GOMEZ, apoyó la solicitud de adjudicación del predio, en una falsedad, pues este terreno no era baldío, tal como lo demuestra con la escritura pública en virtud de la cual el finado PEDRO ELISEO PADILLA POLO, adquirió el bien referenciado, además y principalmente porqué mi representado es el poseedor -material del mismo desde hace más de cuarenta (40) años, tal como se desprende de los testimonios recepcionados en las diligencias de secuestro practicados dentro del proceso sucesorio en mención y además por que mi poderdante es el SECUESTRE OPOSITOR del mismo.-

9.- Mi poderdante señor JOAQUÍN PABLO PADILLA LUNA, ha ejercido sobre el predio una posesión material en forma pacífica e ininterrumpida, como ánimo de señor y dueño, por más de cuarenta (40) años, y todas las mejoras y cultivos existentes en él fueron realizadas por su cuenta y con sus propios recursos; sólo a partir de la resolución impugnada, ha sido perturbado y atropellado en su derecho en forma injusta y es por esto que solicitó la nulidad de la misma.-

10.- La señora ANA MARIA ARIS(sic) GOMEZ, apoyo la solicitud de adjudicación ante el INCORA, a *sabiendas* en una falsedad pues ella más que nadie, sabía que ese bien era de propiedad de mi poderdante desde hace muchos años y que no se trataba de un terreno baldío. Digo a sabiendas porque como lo repito ella es la amante de un hermano de

mi poderdante, este es un hecho ampliamente conocido, ya que ellos viven juntos y tienen varios hijos.

11.- Apoyándome en los hechos anteriores solicitaré la revocatoria directa de la resolución impugnada, comprobando con las pruebas aportadas y las solicitadas, la veracidad de mis afirmaciones; pero también en esta ocasión fue atropellado en forma injusta, pues el INCORA negó la solicitud mediante la resolución No. 002103 de Abril 20 de 1.988, argumentando la falta de consentimiento del titular del derecho, insinuando que yo había solicitado la aplicación del inciso 2o. del artículo 73 del C.C.A., cuando yo, en ningún momento de mi petición, solicito tal aplicación; es más, yo señalo la dirección de la señora ANA MARIA ARIS(sic) GOMEZ, para que se le cite o se le notifique de mi demanda.-

12.- El articulo 136 del C.C.A., en su inciso 6o. establece que las acciones de nulidad y de Restablecimiento del Derecho contra los actos de adjudicación de baldíos, proferidos por el INCORA, caducará en dos (2) años contados desde la publicación cuando ella sea necesario, desde su ejecutoria en los demás casos. Encontrándome dentro del término legal es por esto que llevo mi solicitud o demanda ante Ustedes para obtener el restablecimiento del derecho con sus consecuencias respectivas». (fls.1, 2, 3).

3.- la señora ANA MARIA ARIS GOMEZ, por conducto de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor (fl. 40 y 41).

4.- Surtido el trámite de primera instancia, el tribunal mediante sentencia del 19 de septiembre de 1.989 decidió acceder a la totalidad de las pretensiones solicitadas por el actor, previa consideración de que la excepción de caducidad no prospera «ya que el recurso contra la resolución de adjudicación impidió la ejecutoria en firme de ella, y la acción ante el tribunal a partir de la notificación de la segunda resolución quedó dentro de los cuatro meses que dice la ley, pues fue recibida la demanda el 11 (once) de agosto de 1.988 en la Secretaria del Tribunal» (fl. 146).

Igualmente considera que la excepción de inepta demanda no puede prosperar por cuanto no está bien fundamentada ya que ella tiene su propia tipificación.

Sobre el fondo del litigio después del análisis probatorio concluye que no hay duda que el terreno adjudicado por el INCORA mediante la resolución demandada involucra terreno del actor quien alega posesión por más de cuarenta (40) años, hay identificación de predios y es obvio que el predio adjudicado se encontraba secuestrado en el juzgado Civil del Circuito de Cereté, hecho que era conocido por la entidad adjudicataria.

Además considera el a-quo que comparando la posesión de la adjudicataria con la posesión demostrada por el actor, la de éste es mucho más antigua, por lo que en derecho se prefiere ésta a la de menor tiempo.

5.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia mencionada, el cual sustentó con los siguientes argumentos:

a) Que no hay identidad entre el lote adjudicado y el predio pretendido según oposición del actor.

b) La parte demandante, al iniciarse y terminarse el proceso de adjudicación del Incora no tenía posesión material alguna sobre el lote adjudicado.

c) Reitera la ocurrencia de la caducidad y objeta el criterio aplicado por el *a-quo* en cuanto a la aplicación del Inc. 2o. del art. 136. Manifiesta que las disposición aplicable es la del Inc. 6o. del mismo artículo, por lo cual al llegar la demanda al Tribunal ya estaba caducada la acción.

6. Corrido el traslado a las partes, la apoderada de la parte actora presentó alegato de conclusión en el que aclara que no existe caducidad por cuanto el término para ella debe empezar a contarse desde la presentación inicial de la demanda que lo fue el 23 de mayo de 1.988, y según la resolución demandada quedó ejecutoriada el 26 de mayo de 1.986, luego la acción se instauró dentro del término legal.

Reitera lo expuesto en el acápite «HECHOS» de la demanda, en cuanto que el lote adjudicado no era baldío y el actor ostenta la posesión, además de que lo tenía en calidad de secuestre dentro del proceso sucesorio de su padre. Por tanto solicita se confirme la sentencia apelada (Fls. 160 y 161).

7. El Agente del Ministerio Público emitió el concepto respectivo a los folios 162 y ss., en el cual solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se declare la caducidad de la acción. Expresa al respecto:

> «Debe advertirse, que las normas aplicables en el presente caso son las del Decreto 01/84, pues para la época en que se presentó la demanda era ese el decreto- que regía. Así pues teniendo en cuenta lo anterior no es posible aplicar el decreto 2304 de octubre 7/89 que modificó el decreto 01/84, como lo pretende la Actora.
>
> El tribunal incurrió en un error al contar el término de caducidad de cuatro meses a partir de la notificación de la Resolución No. 0012103 de abril 20/88 que denegó la solicitud de revocación directa, pues al hacerlo tácitamente está admitiendo que la solicitud de revocación directa

revivió el término para interponer el recurso contra la Resolución 0556 de mayo 19/86.

Por otra parte, olvidó el Tribunal, que el art. 136 del C.C.A. expresamente establece un término de caducidad de 2 años para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de adjudicación de baldíos proferidos por el INCORA.

Ahora bien como en el presente caso la demanda fue presentada erróneamente ante el Consejo de Estado; esa presentación no interrumpió el término de caducidad según lo establecen los artículos 142 y 143 del Decreto 01/84". (Fls. 169 y 170).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Vistos los antecedentes, corresponde a la Sala en primer lugar analizar el fenómeno de caducidad, no sin antes observar que el régimen aplicable al presente proceso es el contenido en el Decreto 01 de 1.984, vigente desde el 1o. marzo de ese mismo año.

Sobre la caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos, proferidos por el INCORA, que es la que corresponde al presente proceso, establece el mencionado estatuto que «caducarán en dos (2) años contados desde la publicación cuando ella sea necesario, o desde su ejecutoria en los demás casos». Dicha publicación es necesaria, cuando se trata de terrenos de más de cincuenta (50) hectáreas, (art. 13 Decreto 389 de 1.974). En el caso de autos, la litis se origina en la adjudicación de un baldío de menos de 50 hectáreas, por lo cual, para efectos de la iniciación del término de caducidad se tendrá en cuenta la fecha de ejecutoria , que ocurrió el 26 de mayo de 1.986, por cuanto la resolución 0556 del 19 de mayo de 1.986 fue notificada el 23 de mayo del mismo año, según constancia que aparece a folio 7 vto.

De otra parte, la presentación inicial de la demanda se hizo ante el Consejo de Estado el 23 de mayo de 1.988 según se observa a folios 5 vto; y mediante providencia del 11 de julio de ese mismo año se ordenó remitir al Tribunal Administrativo de Córdoba por competencia, a donde fue recibida el 18 de agosto de 1988.

Argumenta la adjudicataria del Incora y la señora Fiscal de la Corporación que se presentó caducidad por cuanto la demanda se presentó erroneamente ante el Consejo de Estado, y la fecha que ha de tenerse en cuenta es la presentación ante el Tribunal. Manifiestan que de conformidad con lo dispuesto por los arts. 142 y 143 del Decreto 01 de 1.984 la presentación ante el Consejo de Estado no interrumpe los términos de caducidad.

La Sala se aparta de la interpretación anterior en cuanto que si bien es cierto que el Decreto 01 de 1.984 disponía en su art. 142 que «toda demanda deberá presentarse personalmente ante el Secretario del Tribunal a quien se dirija. El signatario que se halle en lugar distinto podrá remitirla previa autenticación ante el juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada el recibo en el despacho judicial de destino», debe entenderse cuando se trata de la remisión dentro de la misma jurisdicción y la fecha que debe tomarse en cuenta es la de presentación inicial de la demanda, pues el accionante recurre en busca de sus pretensiones ante la jurisdicción competente, sólo que ésta ha ampliado su descentralización con el objeto de hacer más expedita la administración de justicia. Y es tan acertada esta interpretación, que ella quedó plasmada expresamente en la reforma que introdujo el Decreto 2304 de 1.989 al citado artículo; que por demás, bien podría aplicarse textualmente al *sub-lite* por cuanto que siendo una norma procedimental cae en la órbita del derecho público y por ende sería de inmediata aplicación a los procesos en curso.

De esta forma, la Sala considera que como la resolución primeramente demandada quedó ejecutoriada el 26 de mayo de 1.986, los dos (2) años señalados por el Inc. 6o. del art. 136 del C.C.A., para incoar la acción vencían el 26 de mayo de 1.988 y habiéndose presentado la correspondiente demanda el 23 de mayo de 1.988, no se presentó el fenómeno de la caducidad, por lo cual en este punto habrá de confirmarse lo resuelto por el a-quo, aunque por motivos diferentes a los allí expuestos.

Procede la Sala enseguida al análisis de las pretensiones de fondo, entre las cuales se encuentra como principal la nulidad de las resoluciones 0556 de mayo 19 de 1.986 y 0012103 de abril 20 de 1.988, y siendo esta última consecuencial, corresponde estudiar la primera, mediante la cual se adjudicó a la señora ANA MARIA ARIS GOMEZ el terreno baldío denunciado «VILLA SANDRA», ubicado en jurisdicción del municipio de Cereté, departamento de Córdoba, con una extensión aproximada de una (1) hectárea cinco mil trescientos setenta y cinco (5.375) metros cuadrados.

El actor afirma en su libelo demandatorio que ha ostentado por más de cuarenta años la posesión con ánimo de señor y dueño en forma pacífica e ininterrumpida del lote de cuatro (4) hectáreas, dentro del cual se encuentra el predio objeto de adjudicación del acto impugnado, y la adjudicataria por su parte alega que se cumplieron los requisitos legales para dicha adjudicación y en su trámite no hubo oposición. Además también alega posesión del predio adjudicado.

Debería la Sala resolver en primer lugar si las diligencias administrativas, se cumplieron en forma legal por parte del Incora para proceder a la adjudicación mencionada; sin embargo, como la jurisdicción contencioso

administrativa es rogada, deberá dilucidar las pretensiones teniendo en cuenta los hechos de la demanda.

Sea lo primero identificar si el predio, objeto de la adjudicación en verdad está incluido en el de mayor extensión , sobre el cual alega al actor la posesión. Para ello, se tienen en cuenta las piezas probatorias, así:

De la Inspección Judicial sobre el predio denominado Villa Sandra, se obtiene que se constató la existencia de dicho predio con los linderos señalados en la demanda, esto es por el frente con el Río Sinú, por la derecha entrando ya no con predio de los sucesores de León Madera Vásquez, si no con los lotes vendidos por el secuestre señor Joaquín Pablo Padilla Luna, posesionado dentro del predio visitado, por el juzgado civil del Circuito de Cereté; por el Fondo, con la carretera que de Cereté conduce a Montería y por la izquierda con predio de Guadalupe Padilla Narváez Vda. de García.

A folio 7 se observa la identificación del predio objeto de adjudicación y a folio 8 obra el levantamiento topográfico, de lo cual se puede deducir que efectivamente el lote adjudicado se encuentra incorporado en el de mayor extensión cuya posesión alega el demandante.

Entonces ahora habrá la Sala de referirse al aspecto de la posesión alegada tanto por el actor como por la adjudicataria. Para este efecto considera como prueba suficiente, las diligencias de oposición efectuadas por el juzgado segundo Civil de Circuito de Cereté dentro del proceso sucesorio del Señor Pedro Eliseo Padilla Polo. A folio 17 aparece certificado del despacho mencionado que expresa:

> «Que en este Juzgado cursa el proceso Sucesorio intestado del finado PEDRO ELISEO PADILLA POLO, abierto y radicado mediante auto de fecha Noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos setenta y ocho. (1.978).
>
> Que dentro del citado proceso y mediante diligencia de fecha de Enero 18 de 1983 se secuestró el siguiente bien: «Finca «EL QUEMADO» o «ANDALUCIA» ubicada en la región del mismo nombre, jurisdicción del Municipio de Cereté, de extensión aproximada de cuatro (4) hectáreas y determinadas por los siguientes linderos: Por el frente con el río Sinú; Por la derecha entrando con predios de la sucesión o sucesores de León Madera Vásquez; por el fondo, carretera de que Cereté conduce a Montería y por la izquierda con Guadalupe Padilla Narvaez Vda. de García. En esta diligencia dejó como secuestre al opositor señor JOAQUIN PABLO PADILLA LUNA, quien de acuerdo a los autos, aún ejerce tales funciones». (Fl.17)., el cual fué expedido el 17 de mayo de 1.988.

Aparece también fotocopia auténtica de la diligencia de secuestro del bien inmueble referenciado en la demanda, en la cual, a folio 19 vto., se lee:

«... el Juzgado RESUELVE: admitir la oposición al secuestro presentado y sustentado por el señor Joaquín Pablo Padilla Luna y en consecuencia dejarlo en su calidad de poseedor».

Además de lo anterior, aparecen las declaraciones de los señores Angel Jiménez Gamarra y Joaquín López, quienes a folios 119 y 120, ratifican la posesión del aquí demandante.

De otra parte, el señor Arturo Samuel Luna Pico hace lo propio en declaración que obra a folios 56 y 57, manifestando:

«...Como soy auxiliar de la Justicia me tocó ser secuestre dentro del proceso sucesorio que cursa en el Juzgado Segundo de Cereté del finado PEDRO ELISEO PADILLA POLO, el Juzgado comisionado el Civil Municipal de Cereté me designó como secuestre del Inmueble ubicado en el quemado y cuya finca lleva el mismo nombre. Estando en el Predio del Juzgado Civil Municipal procedió a practicar la diligencia de secuestro, pero se presentó el señor Joaquín Pablo Padilla Luna hacer oposición ya que él venía ejerciendo la posesión de dicho inmueble desde hace más de cuarenta (40) años, lo demostró al momento por declaraciones juramentadas recibidas en el predio al momento de practicar la diligencia, el juzgado comisionado procedió a dejar como Secuestre opositor al Señor Joaquín Pablo Padilla Luna, debo manifestar que el día de hoy 10 de febrero de 1.989 el señor Magistrado Roberto Calume Montalvo y su secretario y la Dra. María Pastor de Bustamante y mi persona nos trasladamos al inmueble que está en litigio y como yo hice acto de presencia en el año 83 para ser secuestre de dicho inmueble hoy nuevamente puedo constatar que el inmueble es el mismo que se secuestró y que se dejó como secuestre opositor al Señor Joaquín Pablo Padilla Luna. También se constataron los linderos de dicho predio habiendo quedado secuestrado en aquella ocasión 4 hectáreas aproximadamente y en la actualidad hay dos hectáreas porque las otras dos el señor Padilla Luna las Urbanizó. Los linderos son los siguientes por el frente con el Río Sinú, por el fondo la carretera que conduce a Cereté Montería, con el lado izquierdo con Guadalupe Padilla Vda. de García y por la derecha sucesores León Madera Vásquez en aquella época por lotes vendidos por el señor Joaquín Padilla Luna secuestre opositor. Quiero manifestar que en cierta ocasión se presentó a mi casa el señor Padilla Luna y me informó que Papito Padilla quería cogerle o robarle las dos hectáreas que no habían urbanizado y que estaba haciendo un papeleo en el Incora, procedí a redactarle un escrito dirigido a la Sección Jurídica del Incora, donde el señor Joaquín Padilla Luna que esos terrenos venían secuestrados dentro de un proceso sucesorio que cursa en el Juzgado del Circuito

Civil de Cereté y él era el secuestre opositor porque venía ejerciendo la posesión desde hace más de 40 años, lo acompañé hasta las instalaciones del Incora de Montería y entregó el escrito que con tan mala suerte que la copia el señor Joaquín Padilla la extravió».

De esta forma, para la Sala no queda ni asomo de duda de la posesión que ha ejercido el demandante en el predio objeto de adjudicación por parte del Incora.

Respecto de la posesión alegada por la adjudicataria, la misma en la solicitud de adjudicación manifiesta como tiempo de explotación económica del predio, 8 años (fl. 118 vto.), y de los testimonios solicitados por ella, se obtuvo que el señor Milton Manuel Morales Flórez manifiesta no conocerla, los señores José María Durango C. y Saúl Miguel Pinto J., declaran conocer a la señora Ana María Aris Gómez en posesión del predio citado atrás hace 15 años, y el señor Baudillo Espitia D., declara que la posesión de la mencionada señora data desde 1.972, esto es, 17 años.

Ante lo expuesto, no deja de ser asombroso el hecho de que puedan existir dos posesiones simultáneas sobre un mismo predio y sin perturbación de ninguna clase a ninguna de ellas; pero para la Sala sí es claro por el acervo probatorio antes descrito, que la posesión del señor Padilla Luna no admite duda, y más aún, tal como expresa el *a-quo*, su posesión se acredita como más antigua por lo cual en derecho ella prevalece, y con este mismo análisis queda descartada la afirmación de que el predio objeto de la adjudicación mediante la Resolución demandada, pudiera considerarse como baldío adjudicable a la señora ARIS GOMEZ, de manera que es preciso concluir que los actos demandados están viciados de nulidad, por lo que impone confirmar la sentencia apelada.

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:

Confirmarse en su integridad la sentencia del 19 de septiembre de 1.989 proferida por el tribunal Administrativo de Córdoba.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha septiembre 6 de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala ; *Gustavo de Greiff Restrepo, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS. REVOCACION DIRECTA DEL ACTO

El Incora adjudicó el predio porque la demandante cumplió las exigencias de ley, y luego revocó su decisión con argumentos jurídicos propios de una demanda de lesividad. El Incora no podía hacer aquello para lo cual no estaba expresamente autorizado, esto es, revocar de plano la adjudicación. Por tanto violó el artículo 24 del Decreto 2733/59, entonces vigente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente N°.4489 (76) Actor : Inés Araque de Bechara. Apelación Sentencia Incora.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación Interpuesto por el procurador judicial del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en el proceso de la referencia, contra el fallo proferido el 6 de marzo de 1.984 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante el cual accedió a las súplicas de la demanda.

I. EL FALLO APELADO

Dice en la parte pertinente:

«El Doctor FELIPE HERRERA RIOS, obrando como apoderado especial de la señora INES ARAQUE DE BECHARA, en ejercicio de la acción de Plena Jurisdicción y previos los trámites del juicio ordinario.

«DEMANDA:

«1) Que es Nula la Resolución No. 04588 de fecha 14 de Diciembre de 1.982, en virtud de la cual se revocó la Resolución No. 003775 de fecha 18 de Agosto de 1.981, mediante la cual el gerente general del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, adjudica a la señora INES ARAQUE DE BECHARA, un terreno baldío denominado el Cerrito, corregimiento El Cerrito, jurisdicción del municipio de Montería en el Departamento de Córdoba.

«2) Que como consecuencia de la nulidad declarada se restablezca el derecho de la señora INES ARAQUE DE BECHARA, contenido en la resolución 03775 de fecha 18 de agosto de 1.981, mediante la cual se adjudicó a la misma el terreno baldío denominado EL CERRITO, corregimiento El Cerrito, jurisdicción del municipio de Montería, en el departamento de Córdoba.

«3) Que como consecuencia también de la misma declaratoria de Nulidad, se ordeno al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Montería, cancelar la Inscripción de la Resolución 04588 de fecha 14 de Diciembre de 1.982, emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en virtud de la cual se revocó la resolución No. 03775 de 18 de Agosto de 1.981.

"H E C H O S"

"Los hechos que sirven de sustento a las anteriores peticiones las enumera y clasifica en el libelo el actor así:

«A) Por resolución No. 03775 de fecha 18 de Agosto de 1.981, el señor Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria «INCORA», adjudicó el terreno baldío denominado «El Cerrito», situado en el paraje El Cerrito, corregimiento del Cerrito, municipio de Montería, Departamento de Córdoba, a la señora INES ARAQUE DE BECHARA. Esta adjudicación tuvo su origen en la petición formulada por mi mandante ante la Institución, en virtud de que se daban los presupuestos establecidos en el art. 29 y s.s. de la ley 135 de 1.961 y porque se cumplieron todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Decreto 389 de 1.974.

«B) La resolución No. 03775 de 18 de agosto de 1.981, fue registrada en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito, bajo matrícula inmobiliaria (sic) No. 140/0013653 de 1.981 y en consecuencia el predio «El Cerrito» que se adjudicó a doña INES ARAQUE DE BECHARA, quedó definitivamente como de propiedad de dicha señora.

"C) La señora Araque (sic) de Bechara, ha incorporado el predio "El Cerrito" a su patrimonio y lo ha hecho figurar en su declaración de renta desde el año 1.971 hasta 1.980 inclusive, último año gravable declarado por dicha señora. Así mismo ha venido pagando por ese predio los impuestos de Catastro y Patrimonio respectivos.

«D) En virtud de la inconformidad expresada por el procurador Agrario, con sede en la ciudad de Montería y la del señor Rafael Bernardo Arrieta Ramos, el señor Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria «Incora», por acto distinguido por el No. 04588 de fecha 14 de diciembre de 1.982, procedió a revocar la resolución anterior, por considerar que el instituto al producir el acto distinguido con el No. 03775 de 18 de Agosto de 1.981, había violado expresas disposiciones legales.».

«DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

«Artículo 30 de la C Nal.; Art. 17 de la ley 153 de 1.887; Art. 55 del Código Fiscal y artículo 29 de la Ley 135 de 1.961.

«Igualmente expresó el concepto de la violación.

«El señor Fiscal Segundo de la Corporación, emitió concepto, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

«Por su parte el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se constituyó en opositor y en su concepto, deben negarse las pretensiones de la demanda, porque la adjudicación que se le hizo a la señora INES ARAQUE DE BECHARA , se hizo ilegalmente, toda vez que el terreno adjudicado, no era adjudicable por haber sido declarado de Reserva y como tal, el procedimiento de adjudicación que se llevó a cabo, no era el legalmente aplicable.

«Tramitado el proceso en legal forma y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la correspondiente sentencia, lo que se hace previas algunas consideraciones.

«CONSIDERACIONES:

«Es evidente que el problema sometido a la consideración del Tribunal estriba en saber si el bien adjudicado mediante la Resolución 03775 de 18 de Agosto de 1.981 y revocado posteriormente por la Resolución 04588 de 14 de diciembre de 1.982, acto acusado, era o no adjudicable. Ello en virtud que previamente, esos terrenos habían sido declarados Reservas mediante la resolución 030 de Febrero 28 de 1.966, actos estos todos, emanados de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

«Es de tener en cuenta, que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, declaró los terrenos en mención baldíos reservados en virtud de la autorización que le otorgó la Ley 135 de 1.961.

«Pero el Instituto, mediante una resolución, no puede ni restringir, ni darle más alcance a la ley, porque ello sería ilegal. Resultaría un contrasentido jurídico, que se profiriera una resolución en virtud de una autorización, que fuera más allá de lo que la misma Ley dispone. Esta situación, lógicamente choca con el principio de la jerarquía de las leyes.

«Ahora bien, el artículo 40 de la Ley 135 de 1.961, es del siguiente tenor:

«» Podrá también el Instituto, con la aprobación, con la aprobación del Gobierno, constituir reservas sobre tierras baldías para destinarlas a colonizaciones especiales, de acuerdo con la presente ley. Las explotaciones que se adelanten sobre tierras reservadas con posterioridad a la fecha en que adquieren esa calidad, no darán derecho al interesado para obtener la adjudicación de la superficie correspondiente sino cuando se hayan realizado de conformidad con los reglamentos de colonización que dicte el Instituto.».

« Entonces resulta claro, que para poder obtener la adjudicación de un baldío declarado reserva con posterioridad a esa declaratoria, debe hacerse llenando los reglamentos de colinización (sic) dictados por el Instituto.

« Pero ello se refiere, como los señala el articulo 40 citado, a las personas que lo exploten con posterioridad a la declaratoria de reserva. Por el contrario, ni la declaratoria de reserva, se produce con posterioridad al hecho de estarse explotando el baldío, la persona que lo explota puede obtener la adjudicación porque así lo consagra la norma al no prohibirlo, como sí lo hizo con la explotación posterior a la declaratoria de reserva.

« Bien es cierto, que la Resolución por medio de la cual se declaró baldío reservado, y el terreno materia de la litis, se apoya en el artículo 3º. de la ley 135 de 1.961, que no hace esta distinción, pero no es

menos cierto, que esta norma armoniza perfectamente con el artículo 40 de la misma ley.

«Dice el artículo 3o. de la Ley 135 de 1.961:

«Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:

«» a) Administrar a nombre del estado las tierras baldías propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y de acuerdo a esta ley.».

« Como se observa de la misma simple lectura de la norma, ella es de carácter general y ella misma señala, que debe estar acorde con acuerdos de la misma ley.».

«De ello se desprende, que el artículo 40 de la misma ley, es de carácter especial, por lo cual en caso de contradicción, si la hubiera, primaría sobre el artículo 3o.

«De tal suerte, que al consagrar el artículo 4o de la ley 135 de 1.961, que la persona que explote un baldío, antes de ser declarado reserva, que puede obtenerlo por adjudicación, está consagrando en un derecho que no puede el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria mediante una resolución desconocerlo en manera alguna, pues ello resultaría ilegal por violación de dicha norma.» (Folio 3 a 7 C. 1).

El fallo analiza las pruebas aportadas al procedimiento administrativo de adjudicación, especialmente el proveído mediante el cual el INCORA hizo la adjudicación del terreno y el acto que lo revocó. Reconoce que la actora reunía los requisitos para ser sujeto de reforma agraria y proclama que el acto administrativo demandado no podía tener mayor alcance que la ley, ni desconocer el derecho consagrado en favor de la adjudicataria.

II. LA IMPUGNACION

En extenso memorial que obra a folios 17 a 35 del C. 1, el recurrente expone sus puntos de vista, orientados a demostrar que la demandante carecía de vocación adjudicataria, razón por la cual la sentencia apelada debe revocarse y, en su lugar, mantenerse la Resolución No. 4588 que revocó la adjudicación.

Alega que la demandante solicitó al Incora la adjudicación, a título de baldío, del predio rural denominado «El Cerrito», solicitud con la cual Inició el tramite administrativo de adjudicación de los baldíos no reservados, establecido en el Decreto 389 de 1.974. No obstante que el predio hacía parte de terrenos reservados para colonización especial por la resolución No. 23

de 1.979, según lo señala la diligencia de inspección ocular y lo advierte el procurador Agrario Regional de Córdoba, «el trámite concluyó inexorablemente con la Resolución No. 03775 de 1.981, emanada de la Gerencia General, por medio de la cual se adjudicó el predio «El Cerrito» materia de la solicitud ,a favor de la demandante.

Refiere que la Resolución de adjudicación fue recurrida oportunamente por el señor Rafael Bernardo Arrieta Ramos, quien denunció el hecho de que el Instituto había desconocido sus pretensiones de opositor.

Recaba que el Incora reconoció su propio error y decidió revocar la referida providencia de adjudicación, motivada en el hecho de que el predio adjudicado se hallaba en zona de reserva para colonización especial, creada por las Resoluciones 030 de 1.966 y 023 de 1.979 y reglamentos contenidos en las resoluciones Nos. 02782 de 1.979 y 03030 de 1.980, que le prohibían adjudicarlo.

Precisa que con la revocación del acto de adjudicación no se quebrantó el artículo 24 del Decreto 2733 de 1.959, sino que se ajustó al procedimiento gubernativo consagrado en el mismo estatuto.

Afirma que mientras estén vigentes las resoluciones que crean y reglamentan la reserva en la cual se halla incurso el predio en titulación, no le es dado al Incora, sin transgredir sus propios actos adjudicar válidamente el predio «El Cerrito».

Por esta razón -agrega- la legalidad de la Resolución 04588 de 1.982 con que el Incora revocó en vía gubernativa su propia Resolución 03775 de 1.981, que había adjudicado al actor dicho predio, se halla con mucho demostrada en el proceso.

El expediente se destruyó durante los sucesos del 6 de noviembre de 1.985 y fue reconstruido en los términos del Decreto No. 3825 del mismo año. Aunque durante la etapa de reconstrucción no fue posible recuperar la demanda, el concepto fiscal y otras piezas procesales, los documentos arrimados al informativo tienen la suficiente eficacia probatoria para desatar el recurso de apelación.

Agotada la tramitación legal sin que se observen vicios de nulidad que afecten lo actuado, se procede a decidir.

SE CONSIDERA :

A. El A-quo redujo el problema sometido a su consideración a determinar si el predio «El Cerrito» tenía o no la calidad de adjudicable, y en el mismo

sentido, las partes orientaron sus valoraciones de orden jurídico, a la luz de las disposiciones agrarias que regulan la materia.

El asunto jurídico que se debate tiene mayor entidad. Se trata de establecer si la resolución por medio de la cual el Incora adjudicó el predio, era susceptible o no de revocación directa por el mismo organismo que la expidió sin anuencia de la adjudicataria.

La resolución No. 04588 de 1.982, objeto de la demanda, que se lee a folios 44 y siguientes del Cuaderno No. 1, principia por revelar que el señor RAFAEL BERNARDO ARRIETA RAMOS, mediante escrito fechado el 5 de octubre de 1.982, Interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 03775 de agosto 18 de 1.981, por medio de la cual el Instituto adjudicó a la señora Inés Araque de Bechara, el terreno denominado «El Cerrito».

El acto acusado copia textualmente las razones de hecho y de derecho que animaron al presunto opositor a interponer el recurso, escrito en el cual afirma que las tierras del proyecto Córdoba Dos, y por consiguiente las de «El Cerrito», tenían un destino específico que no podía alterarse por la Gerencia del Incora, so pena de incurrir en un desbordamiento de sus facultades.

Analiza las disposiciones agrarias que regulaban la adjudicación de tierras baldías, para concluir que los reparos del recurrente son atinados y que, como la solicitud de titularidad elevada por la señora Inés Araque de Bechara se surtió por vías distintas de las legalmente aplicables, surge la ilegalidad del acto administrativo que despachó favorablemente la petición de adjudicación.

Otra cosa, sin embargo, había sostenido el Incora en la resolución de adjudicación visible a folios 36 y siguientes del C. No. 1, dictada 16 meses antes. Dijo entonces:

> «Cuando la señora INES ARAQUE DE BECHARA formuló ante el Instituto su solicitud de adjudicación de una parcela en el sector de EL CERRITO, es decir, el veintiuno (21) de Abril de 1.978, aún no se habían reservado esos terrenos donde se encuentra el fundo, para una colonización especial, como lo hizo posteriormente la resolución No. 023 de febrero 28 de 1.979, con fundamento en el Artículo 40 de la ley 135 de 1.961; como es obvio, tampoco se había expedido la resolución No. 2782 de Agosto de 1.979 que reglamentó la adjudicación de esas parcelas y la cual permitía, como ya se dijo, la titulación a personas que no reunieran los requisitos pertinentes de su artículo 3o, y a las que no aplicarían las exigencias de Inscripción y selección de su Artículo 4o.; por último, no existía en la vida jurídica la Resolución No. 03039 de Agosto de 1.980, la cual no permitió las excepciones consagradas en la Resolución No. 02782 de 1.979, subrogando las disposiciones que sí las establecían.

« Obran en el expediente de adjudicación formado a raíz de la petición de adjudicación de la señora de BECHARA, pruebas de que venía explotando el inmueble en cuestión por lo menos desde el año de mil novecientos cincuenta y siete (1.957) con ganados y cultivos. Tal situación se corrobora con la diligencia de la Inspección ocular practicada por peritos del Instituto Geográfico AGUSTIN CODAZZI y funcionarios del Proyecto CORDOBA en octubre de 1.974 y en el informe rendido en Noviembre de ese mismo año por los mencionados peritos a la Gerencia General del Instituto. En cuanto hace a la calidad jurídica del señor RAFAEL BERNARDO ARRIETA RAMOS, en la diligencia de Inspección Ocular a que hizo mención se dice, y nunca se desvirtuó, que era el cuidandero del predio y que, según él, llevaba seis (6) años (es decir hacia 1.968) en tal menester; por otra parte en el año de 1.978 y según probanzas que aparecen en el expediente, el señor ARRIETA RAMOS tuvo la condición de trabajador del doctor BECHARA, esposo de la peticionaria, en el fundo poseído por el matrimonio ARAQUE BECHARA, del cual debió salir posteriormente a raíz de una acción policiva instaurada por el citado doctor BECHARA, tramitación que fue revisada por un funcionario de la Policía Judicial.

«El Artículo 40 de la Ley 135 de 1.961, que como se dijo es el fundamento legal de la declaratoria de reserva para fines de colonización especial de los terrenos de EL CERRITO, establece en su segunda parte que las explotaciones que se adelantan sobre las tierras reservadas, con posterioridad a la fecha en que adquieran esta calidad, no darán derecho al interesado para obtener la adjudicación de la superficie correspondiente sino cuando se hayan realizado de conformidad con los reglamentos de colonización (o adjudicación de la zona reservada para colonización) que dicte el Instituto. En el presente caso, cuando ni siquiera se habían reservado los terrenos que conforman los playones y la llamada ciénaga de EL CERRITO, cuando el Instituto no les había dado la calidad especial de reserva para fines de colonización especial, conforme al Artículo 40 de la Ley 135 de 1.961, ya se hallaba ocupando una parcela en el sector y explotándola económicamente, con arreglo a las disposiciones legales sobre la materia, La señora INES ARAQUE DE BECHARA, peticionaria dentro de las presentes diligencias. Más aún, la solicitud de adjudicación del fundo se formuló ante el INCORA con suficiente anticipación a la declaratoria de reserva de tales terrenos y a la aprobación de la misma por el Gobierno y, con mayor razón, la petición de que trata este expediente es bastante anterior en el tiempo a las dos reglamentaciones de adjudicación de parcelas en el sector que después vinieron a proferirse. Es decir, como bien lo expresa con suficiente claridad la segunda parte del Artículo 40 de Ley 135 de 1.961, quienes adelanten explotaciones sobre las tierras reservadas, con posterioridad a la fecha vigencia de las disposiciones del Instituto y del Gobierno que declaren a tales tierras como zona de reserva para

destinarlas a colonizaciones especiales, no tendrán derecho a la adjudicación de la superficie correspondiente, a menos que la ocupación o explotación se haya efectuado con sujeción a los reglamentos que sobre el particular dicte el INCORA. Pero, en tratándose de personas que realizaron la ocupación y explotación del predio con bastante anterioridad a la declaratoria de baldías de las tierras donde se encuentra el fundo, a su reservación para fines de colonización especial por el Instituto y el Gobierno y a su reglamentación para adjudicación, la situación y el tratamiento jurídico debe ser diferente. En efecto, la ley prevé el caso del ocupante posterior a la declaratoria de reserva para someterlo a un régimen especial, el que determine el instituto, al cual debe ceñirse dicho ocupante si desea ser adjudicatario de una porción de tierra dentro de los terrenos dedicados a un régimen de ocupación y adjudicación diferente del ordinario. A contrario sensu, quienes se hallaren ocupando y explotando tierras con anterioridad a la declaración de destino para una colonización especial, si tendrán derecho a la adjudicación de la superficie correspondiente y no podrá exigírseles que se sometan a regulaciones progresivamente restrictivas, en el tiempo, del derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional.

« Los actos de la Administración Pública, deben dar seguridad jurídica a los administrados, y no someterlos, en sus derechos a los vaivenes de la incertidumbre. «Las soluciones que se adopten en derecho administrativo tienen que armonizar con la lógica, con la sensatez, pues esa rama jurídica pertenece a un mundo real, no a un mundo de fantasía que permita adoptar soluciones reñidas con el buen sentido (Miguel Marienhoff. «Tratado de Derecho Administrativo», Buenos Aires, 1.966, Tomo II, Páginas 468 - 469). En la expedición de un acto administrativo es necesario hacer compatibles la legalidad, es decir el reconocimiento de un derecho, de una situación jurídica concreta que merece la protección legal del Estado; el interés público o social que deriva de esa situación, o sea la función social que se desprende de la ocupación y explotación de un predio rural poseído por la peticionaria y, el interés particular de la administrada en que le sea reconocido su derecho a la adjudicación por el mismo Estado. La Administración no puede, frente a las situaciones jurídicas particulares reconocidas por la ley, ir produciendo periódicamente regulaciones progresivamente más restrictivas de ese estado de derecho radicado en el particular o administrado, sin perjuicio de su capacidad legal para expedir ciertas limitaciones, pues de lo contrario se llegaría a situaciones de franca injusticia y al desaparecimiento paulatino de las garantías y derechos de las personas. Inclusive para defenderlas de los yerros y arbitrariedades del poder público administrativo, además del control jurisdiccional, está Instituido en el régimen legal colombiano el denominado «procedimiento gubernativo», el cual contempla la posibilidad de no permitir la revocación de un acto creador de una situación jurídica individual y

concreta, oficiosamente, mientras no exista el consentimiento expreso y escrito de su titular.». (fls. 39 a 41 C. 1).

La actividad de la Administración en esta materia es reglada. Mal podía, entonces, el Incora revocar su propio acto, con el pretexto de que la resolución no había creado derechos en favor de la adjudicataria por haberse dictado con violación de la ley, ni causado efectos jurídicos por no haberse notificado y ejecutoriado.

Sobre este aspecto, la Sección Primera de esta Corporación, con ocasión de una controversia sobre propiedad industrial, hizo el siguiente pronunciamiento, aplicable al caso en comento:

«1. En los Considerandos del acto acusado en este proceso se reconoce que después de haberse cumplido todo el trámite legal allí mismo resumido, se terminó con la expedición de la Resolución 05269 de 1.980. Sin embargo, se pretende por parte de la División de propiedad Industrial que dicha Resolución no creó derecho alguno por haberse proferido con violación de la ley, ni causó efectos por no haber sido notificada ni ejecutoriada.

«Sobre lo expuesto por la División de Propiedad industrial se observa por la Sala que no es potestativo de la autoridad administrativa proceder o no a dicha notificación, pues el conocimiento de los actos que interesen a un particular o a un tercero es condición de seguridad jurídica, requisito indispensable para el cumplimiento de las normas y cabal funcionamiento de un Estado de Derecho. Sostener lo contrario sería afirmar en todo y por todo el principio de la arbitrariedad, ya que en tales condiciones la administración podría tomar determinaciones en secreto y en perjuicio de los particulares, lo que no deja de ser una aberración. Justamente para salirle al paso a semejante posibilidad es que en el nuevo C.C.A. se reglamentó de una manera ejemplar todo lo que tiene que ver con el derecho de información de las actividades de la administración por parte de los administrados, y también en tal sentido todo lo que concierne con el derecho de petición.

« Impedir que el particular conozca el contenido de una providencia que le interesa o que le perjudica para poder sostener el argumento de que en tal forma la providencia no produce efectos, es tanto como no publicar en el Diario Oficial las leyes y los actos de contenido general para encontrar la forma de sancionar a los ciudadanos por el incumplimiento de esas normas, cuyo desconocimiento justamente se está propiciando . « (Sent. agosto 17 de 1.984. Exp. No. 4526. Ponente, Dr. Jacobo Pérez Escobar. Actor: Fábrica de Productos de Caucho «Eterna» S.A.).

En síntesis lo que se deduce del acervo probatorio es que el INCORA adjudicó el predio porque la demandante cumplió las exigencias de ley, y que luego revocó su decisión con argumentos jurídicos propios de una demanda de lesividad.

B) Obra a folios 212 del Cuaderno No. 2, la constancia secretarial del Instituto de que el apoderado de la actora se notificó, el 24 de agosto de 1.981, de la Resolución por la cual se le adjudicó a su mandante el predio «El Cerrito».

Obra, también, a folios 214 del mismo Cuaderno, el certificado expedido por la superintendencia de Notariado y Registro, en el cual se da cuenta que la Resolución No. 03775 de agosto 18 de 1.981 expedida por el Incora, fue anotada el 14 de septiembre del mismo año, al folio de Matrícula Inmobiliaria No. 140-0013653 , de Montería.

Estas constancias dan fe de que la Resolución No. 03775 de 1.981, creadora de una situación jurídica individual y concreta, no podía ser revocada sin el consentimiento expreso de la adjudicataria.

Conforme lo advierte el artículo 5o. parte resolutiva del acto adjudicatorio, la acción procedente para revocarlo y ordenar la cancelación del registro respectivo, está consagrada en la ley 135 de 1.961. Prescribe la ley:

> «Artículo 38.- 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 años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.
>
> «La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones sobre adjudicación de baldíos.
>
> «Decretada la nulidad, el adjudicatario será considerado como poseedor de mala fe sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala esta ley.».

Ni el procurador agrario, ni la entidad pública obraron en consecuencia. El Instituto prefirió, dentro de la tramitación de un recurso extemporáneo disfrazado de reposición, invalidar, por vía gubernativa, un acto administrativo suyo que estaba asistido por la presunción de legalidad.

En un proceso similar al que se comenta, esta Sala discurrió así:

«a) La Sala encuentra ajustada a derecho la sentencia apelada y dispondrá su confirmación, por las siguientes razones:

1) La Resolución acusada alega como respaldo el artículo 21 del Decreto Ley 2733 de 1.959 que permite la revocatoria de un acto administrativo, cuando exista manifiesta oposición a la Constitución o a la ley, donde se sienta una regla general.

2)Pero a la anterior regla hace excepción la previsión del artículo 24 del mismo Decreto, al mandar que cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, lo que, por si solo, sería suficiente para confirmar la providencia apelada.

3) Pero, además, como lo expresa el *a-quo*, una interpretación racional del artículo 40 de la Ley 135 de 1.961, concluye con el amparo legal de los demandantes, poseedores explotadores del predio adjudicado, mucho antes de la calificación de reserva para colonizaciones especiales.

4) Es de observar que la resolución de adjudicación de baldíos a los demandantes, no les había sido notificado -sic- a éstos, pero, sí al Ministerio Público, lo que le da poder vinculante y obligatorio, que no habría tenido sin esa notificación.». (Sentencia, agosto 29 de 1.985. Exp. No. 4520 Ponente. Dr. Jorge Valencia Arango. Actor: Nicolás Jiménez Galván y otros).

En el marco de la precedente orientación jurisprudencial, el Incora no podía hacer aquello para lo cual no estaba expresamente autorizado, esto es, revocar de plano la adjudicación. Por tanto, violó el artículo 24 del decreto 2733 de 1.959, entonces vigente, motivo que justifica la confirmación de la sentencia.

C) Aunque no fueron la facultad, ni las causales invocadas por el Incora para la revocatoria aquí analizada, considera la Sala útil, con el objeto de hacer claridad sobre el asunto, dedicar algunas líneas al tema de la revocatoria especial agraria a que se referían las leyes 135 de 1.961 y 4a. de 1.973, hoy revivida por la ley 30 de 1.988.

En efecto, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 135, eran nulas las adjudicaciones que se hicieran con violación de las normas de la ley agraria. La declaratoria de nulidad podía demandarse ante el Tribunal Contencioso Administrativo por los procuradores agrarios o por cualquier otra persona, dentro de los dos años siguientes a la notificación del acto o de su publicación en el Diario Oficial,. El inciso cuarto del artículo en comento disponía, igualmente, que el Incora, dentro de los dos años siguientes, podía verificar

la exactitud de los documentos, de la diligencia de Inspección ocular y, en general, de las pruebas que hubieran servido de base la adjudicación.

Aunque la norma no es clara al respecto, el Consejo de Estado la Interpretó en el sentido de que ella autorizaba al Incora para revocar directamente tales actos de adjudicación, si se comprobaba la ocurrencia de las irregularidades allí referidas.

Frente a la anterior situación la ley 4a. de 1.973, en su artículo 16, despejó toda duda al disponer que, con citación del adjudicatario, el Incora estaba facultado para revocar el acto y ordenar la cancelación del registro respectivo, en el evento de que se constatara la inexactitud o falsedad de los documentos que sirvieron como base para la adjudicación. Tal figura fue reglamentada por el Decreto 389 de 1.974, cuyos artículos 16 y 17 regularon el trámite de la revocación directa, mediante la implantación de un procedimiento especial, distinto al señalado en el decreto 2733 de 1959, vigente en la época en que sucedieron los hechos materia del *sub-lite*. Sin embargo, dicho procedimiento especial no fue invocado en este caso.

Tal procedimiento especial de revocatoria directa se mantuvo vigente hasta 1.984 cuando, mediante el artículo 268 del Decreto 01, se eliminó y se incorporó dentro de los criterios generales que sobre tal materia estableció el Código Contencioso Administrativo. Así, la revocatoria directa en materia agraria se regulaba por las mismas normas generales aplicables a los actos administrativos. Ello fue así hasta 1.988 cuando, mediante el artículo 14 de la Ley 30 se creó nuevamente, con las características y particularidades consagradas en tal disposición.

D) El recurrente arguye que en la demanda contenciosa administrativa instaurada por la señora Inés Araque de Bechara, sólo se vinculó al Incora, pero no a Arrieta Ramos, parte administrativa y necesariamente contenciosa, toda vez que el litigio es entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. E invoca la causal 9a. del artículo 152 del C. de P.C., para significar que el proceso es nulo por falta de notificación de uno de los sujetos del litigio.

Estima la Sala que la resolución de adjudicación dejó sin piso jurídico al presunto opositor y que la anotación en el Registro dio publicidad al acto. Como no fue recurrido dentro de los cinco días siguientes a la Inscripción , fecha desde la cual se presume su conocimiento, el acto administrativo surtió efectos respecto de terceros, y la oportunidad para interponer la reposición en sede gubernativa, caducó, (artículos 2 y 44 del Dec. 1250 de 1.970).

Considera, además, que el señor Rafael Bernardo Arrieta Ramos, es parte ajena a este proceso, en el entendimiento de que la resolución que

adjudicó el predio, no es objeto de la demanda. En consecuencia, su comparecencia para integrar el contradictorio, no era necesaria.

No prospera, entonces, la tacha de nulidad del proceso que pregona el recurrente.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, el 6 de marzo de 1.984.

SEGUNDO. No prospera la pretensión de nulidad del proceso, propuesta por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 20 de septiembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Violación Carnal

La demandante fue víctima de atropellos sexuales por parte de 22 soldados al servicio de las Fuerzas Armadas, que con su conducta violaron la normatividad constitucional que obliga a defender la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Ese comportamiento antijurídico concreta un mal funcionamiento del servicio, lo que explica que la falla invocada, en el caso en comento, sea incuestionable.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.LUCRO CESANTE

Cualquiera que sea la edad de la víctima, y aunque no esté laborando en el momento del accidente, ella tiene derecho a que se le indemnice a título de lucro cesante, la pérdida o disminución de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa. Lo razonable parece ser que llegado el momento en que la persona tiene su plena capacidad laboral, se le reconozca la indemnización correspondiente por las condiciones inferiores en que queda la víctima, si se las compara con las que tenía antes de ocurrir el accidente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº.6085. Actor : Omayra Gómez Hoya y Otros.

Demandado: La Nación-Ministerio De Defensa.-

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander; el día cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), que se declaró responsable a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, por los hechos ocurridos el día ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987), ordenando los pagos que en el referido proveído se precisan.

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 él se lee:

" 3º . HECHOS FUNDAMENTO DE LAS PETICIONES:

"Los resume la Sala en la violación, carnal a que fue sometida la joven OMAIRA GOMEZ HOYA por parte de varios integrantes del Ejército Nacional el 8 de febrero de 1987 en el sitio Payoa del municipio de Sabana de Torres, después de entrevistarse con su pretendiente el Cabo de la Institución CESAR MOGOLLON SEPULVEDA. Afirma la demandada (sic), que como debía regresar a su casa por la mencionada base, los soldados la esperaron y veintiocho de ellos la sometieron al acceso carnal, no obstante las suplicas de la ofendida e incluso de algunos miembros de la guarnición que se condolieron de la joven. Agrega el libelo, que el reprochable comportamiento de los uniformados se consumó por orden del teniente WALTER RIOS SERRANO quien después de los hechos al ser informado, intentó ocultarlos. Culmina la demanda aseverando que el instigador fue sancionado disciplinariamente con doce meses de suspensión de las Fuerzas Armadas, mientras que los autores materiales fueron sentenciados penalmente por violación carnal. Aduce que la múltiple violación produjo en la víctima desequilibro síquico de carácter progresivo, y en sus familiares -Los otros demandantes- un profundo dolor moral; porque los hechos fueron ampliamente conocidos no sólo en el ámbito regional...

"HECHOS PROBADOS DENTRO DEL JUICIO.

"1.- Según copias de las actas de nacimiento respectivas, se establece el parentesco entre OMAIRA GOMEZ HOYA y los demás demandantes así: con MARINA HOYA SANJUAN primer grado de consanguinidad. Y con ARELY, MARLENE Y CARLOS EDUARDO GOMEZ HOYA,

lo mismo que con SOFIA THOMAS HOYA, segundo grado de consanguinidad.

"2.- En los folios 43 a 56 aparecen las copias del fallo de primera instancia proferido el 27 de enero de 1988 dentro de la investigación penal adelantada al subteniente WALTER RIOS SERRANO por el presunto delito de acceso carnal violento en OMAIRA GOMEZ HOYA, por los hechos de que da cuenta la demanda, resultó absuelto el mencionado oficial. Pero en cambio, la misma providencia declaró responsable a trece soldados, quienes fueron sentenciados a la pena principal de treinta meses de prisión. Fueron también condenados otros siete soldados a la pena principal de 18 meses de prisión. Y dos más, a la pena principal de treinta y cuatro meses de prisión por los delitos de acceso carnal violento y abandono del puesto.

"Por vía de consulta el H. Tribunal Superior Militar conoció el fallo referido, impartiéndole aprobación mediante providencia del 25 de marzo de 1988. fls 57 a 76.

"3º. El comando General de las Fuerzas Armadas, después de adelantado el proceso disciplinario contra el subteniente WALTER RIOS SERRANO, por la violación de que fué víctima la señorita DIANA OMAIRA GOMEZ, en providencia del 14 de mayo de 1987 lo sancionó con doce meses de suspensión, al conocer en apelación el fallo de primera instancia que le había impuesto solamente ocho meses de separación temporal de las Fuerzas Militares. fls. 114 a 118.

"Con las probanzas hasta acá reseñadas, se acredita a plenitud la actuación de personal adscrito a las Fuerzas Militares. Queda así demostrada la actividad de la Administración, primer requisito necesario para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado. En el caso de estudio, el comportamiento reprochable de los soldados puede calificarse como una vía de hecho, por estar desprovisto de todo fundamento jurídico. Y porque ni aún haciendo ingentes esfuerzos lograría justificarse tal proceder, tanto más condenable cuanto mayor fue el número de individuos que en él tomaron parte.

"No sobra agregar, que tanto la sentencia definitiva proferida en el proceso penal, así como el fallo disciplinario, constituyen plena prueba de los hechos que ellos califican y sancionan, por tratarse de verdaderos documentos públicos. El primero con su privilegio de hacer tránsito a la cosa juzgada y el segundo como todo documento público, amparado por la presunción de autenticidad y de ser cierto lo que en él aparece, todo conforme a lo establecido por el C. de P.C. en sus artículos 252 y 264.

"4o. Para la comprobación de los daños sufridos por la señorita OMAIRA GOMEZ HOYA, se recibieron las declaraciones de ARMANDO OSPINA SAFI, SEGUNDO CORREA FLOREZ, ANICETO CAMPOS Y EZEQUIEL GOMEZ B., quienes dijeron haber conocido a la joven antes de los hechos. Haberle oído decir a la mamá de la joven, que se encontraban muy afectados por lo ocurrido. Dieron cuenta también, de cómo la familia de la joven conformaba un grupo unido dentro de lo normal. fls 39 a 41 y 99.

"5o. El examen siquiátrico practicado por el médico legista a OMAIRA GOMEZ HOYA, permite concluir que a raíz de la violación de que fue víctima, sufre un trauma qué se evidencia en sus relaciones con las personas de su entorno familiar, el cual afecta su comportamiento sexual y sentimental. Nada se afirma sobre su incidencia en el plano laboral. Fls 78 y 79. Conforme al experticio, la Sala considera que los daños son especialmente de carácter síquico y que requieren para la recuperación de la paciente, tratamiento médico.

"Queda así demostrado el daño que sufrió OMAIRA GOMEZ HOYA, no sólo constituído por la violación múltiple de que la hicieron víctima varios soldados, sino también por las secuelas que padecía aún dos años después de la ocurrencia de los hechos.

"Para la Sala entonces, el quedar demostrada tanto la actividad de la Administración -vía de hecho- como los perjuicios ocasionados, debe darse también por establecida plenamente la relación de causalidad entre la primera y los segundos, pues el experticio médico bien puede inferirse que con antelación a los hechos, la joven OMAIRA GOMEZ HOYA era una persona normal.

"Sobre la ocurrencia de los perjuicios morales, no sobra advertir, que ellos deben presumirse, como lógica consecuencia de la múltiple violación. La Sala encuentra que los hechos reprochables en sí mismo debieron causar una gran aflicción a la víctima y seguramente a sus familiares cercanos. En el estado actual de la sociedad colombiana, y en especial a nivel de población pequeña, es válido suponer que la violación de que fué víctima la demandante incidió sobre su prestigio y sobre la honra de su familia. No obstante los progresos que en el aspecto social ha logrado la mujer con su vinculación al campo productivo, lo cierto es que, parte de su valía sigue pendiendo de su comportamiento referido éste a la conducta sexual. Así , resulta consecuencialmente acertado presumir, que hubo una merma en el mundo espiritual de la joven, con la pérdida de la virginidad. Estos aspectos son tenidos en consideración por la Sala para condenar al ente demandado a la máxima indemnización por concepto de daños morales tanto a la afectada como a su progenitora. Los hermanos de la víctima, quienes también debieron sufrir tanto el

dolor moral como lo afrenta serán indemnizados teniendo en cuenta factores como la edad. Pues también parece lógico suponer que en los menores de edad la afectación no es lo mismo ya que de una parte no alcanzan a comprender la magnitud de la tragedia, y de otra, el tiempo y las distancias bien podrán diluir los efectos del escándalo y la deshonra.

"Respecto a los perjuicios materiales, la Sala con todo respeto disiente del criterio del señor Agente del Ministerio Público, porque la circunstancia de no haberse demostrado que la demandante trabajaba, no impide que haya sufrido merma en su capacidad laboral como consecuencia de los hechos. Además, dado el dictamen del siquiatra forense, bien puede aceptarse la necesidad de un tratamiento médico que se traduce en la erogación de pagos por consulta especializada, medicamentos etc etc. Pero como no existen datos concretos para la condena por perjuicios materiales, ella deberá hacerse en abstracto, teniendo como fundamento la edad de la ofendida para la época de los hechos, la disminución de su capacidad laboral, y el costo del tratamiento requerido para su curación total, aspectos que deberán ser cuantificados por peritos con posterioridad al fallo, mediante incidente que regula al C. de P.C. en su artículo 308. A todo lo anterior precisa agregarse que los argumentos esgrimidos por la ilustre apoderada de la Nación no pueden ser de recibo por la Sala, ya que en ningún momento se estableció la culpa de la víctima, El hecho de que ella ingresara a una zona militar aún de manera subrepticia, no puede servir de justificación a la conducta delictuosa de los soldados. Por el contrario, la base militar debería ser el sitio de mayor seguridad para la ciudadanía. Y si bien a los soldados no se les puede exigir una conducta intachable dadas sus condiciones de aislamiento, a sus superiores sí es dable demandarles mayor vigilancia y control sobre los jóvenes uniformados. En suma, hubo falla del servicio de protección y por ello debe declararse la responsabilidad Estatal.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

"FALLA:

"1o. Declárase responsable a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nal de los perjuicios ocasionados a los demandantes con los hechos ocurridos el 8 de febrero de 1987, a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

"2o. Consecuencialmente, la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa-debe pagar por concepto de perjuicios morales los siguientes valores:

"a). A OMAIRA GOMEZ HOYA y a MARINA HOYA SANJUAN el valor de un mil gramos de oro puro a cada una de ellas.

"b). A CARLOS EDUARDO GOMEZ HOYA, el valor de cuatrocientos gramos de oro puro.

"c). A MARLENE BELEN GOMEZ HOYA el valor de trescientos gramos de oro puro.

"d). A ARELY GOMEZ HOYA el valor de doscientos gramos de oro puro . Y,

"e). A SOFIA THOMAS HOYA, el valor de doscientos gramos de oro puro.

"El valor del referido metal será el que rija el momento de quedar ejecutoriada esta sentencia.

"3o. Condénase en abstracto a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nal a pagar a OMAIRA GOMEZ HOYA los perjuicios materiales que haya sufrido como consecuencia de las actuaciones que originaron el proceso, de acuerdo con las bases señaladas en la parte motiva.".(fls. 155 y ss. ss. Cdno N1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 156 y siguientes obra el escrito en el que el procurador judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

"La ocurrencia del hecho no se puede poner en duda pues existe una sentencia condenatoria que concuerda con la disciplinaria. Y el H. Consejo de Estado ha venido sosteniendo que las sentencias penales prueban algo más que la simple ocurrencia del hecho y que por lo tanto son suficiente para irrogar responsabilidad Estatal por el daño.

"Y no puede alegarse, como lo hace la distinguida representante de la parte demandada que el hecho fue una actuación personal de los soldados y ajena totalmente al servicio que prestaban, por que fue la responsable actuación del comandante de la base al formar el personal para autorizar y ordenar el "redoblón". Su ligera actuación fué el motor eficiente que

llevó a sus analfabetos y casi desconocidos soldados, pues había llegado de comandante apenas un día antes, a cometer el hecho. La masiva violación fue un acto militar, cumplido por los soldados en el convencimiento de que estaban prestándole un buen servicio a la patria pues se trataba de castigar a una presunta subversiva que " pretendía sacar información". El comandante quiso el hecho, lo ordenó o autorizó que para el caso es lo mismo y después de ocurrido lo ratificó a pesar de que pretendió lavarse las manos argumentando que todo había sido una broma.

"Se dan cabalmente los elementos necesarios para condenar a la Nación sin que exista alguna de las excepciones que lo relevan como son fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

"Comentario separado merece la afirmación de la abogada del Ministerio cuando pretende demostrar la culpa de la víctima alegando que Omaira no debió deambular sola por esos parajes porque así se expuso irresponsablemente a la violación. A poco más termina la abogada pidiendo sanción para la víctima e indemnización para el subteniente y su corte alegando que la soldadesca fue seducida y tal vez corrompida por la menor. ¡Qué manera de filosofar!. Verdad es que como representante de la Nación debe lealtad a su patrón pero primero se debe a los principios morales y filosóficos que siempre han regido la civilización occidental. Y es tanto más doloroso cuanto que es precisamente una mujer quien plantea semejante desatino. Por manera que si una mujer transita sola por un paraje donde existan soldados del Estado se entiende que ellos están autorizados para cometer bellaquerías, violaciones, asesinatos etc? Las inmediaciones de una base militar antes de ser sitios peligrosos y de los cuales se debe desconfiar son todo lo contrario: donde el ciudadano de bien ha de sentirse protegido porque son sus impuestos que en forma de soldados están velando por su seguridad.

"Por otra parte pretender como lo hace la abogada, al restringirle a Omaira el derecho a locomoción es inaudito. La joven podía transitar por donde a bien tuviera y si alguna infracción cometió por acercase demasiado a la base a preguntar por su prometido la sanción no era la de violación múltiple.

"Considero que no tiene cabida la excepción traída por la apoderada de la Nación. Pero permítaseme que le haga a la distinguida dama que representa a la parte demandada: Si acercarse a sitios donde haya militares es peligroso, ella está en gravísimo riesgo y jamás quisiera que con su persona se sucediera un segundo acto de tamaña crueldad.

"La falla y falta del servicio por parte del comandante de la base es de antología, como lo dijo el H. Consejo de Estado al fallar un caso. Un oficial ha recibido preparación a costa del Estado para actuar con la mayor prudencia, discreción y efectividad posibles. Manejar y dirigir soldados no es ni tan siquiera un juego de niños. Tampoco es el tinglado de un circo de bufones para dar órdenes en broma pero que por la capacidad intelectual de los que las reciben no pueden discernir entre lo uno y lo otro.

"Como petición subsidiaria, en caso de no considerar la falta o falla del servicio, solicito acceder a las peticiones de la demanda fundamentándose en la responsabilidad sin falta o teoría de la culpa excepcional, teoría que ha venido abriéndose paso siempre que no existiendo falta o falla del servicio de todas maneras se ha producido un daño que no es justo cargarlo, por justicia distributiva, a solo un asociado. Modernamente el H. Consejo de Estado ha conceptuado que no se contrapone el solicitar indemnización por uno u otro camino pues es el magistrado quien ha de encontrar la que se ajuste a derecho. El hecho concreto es que hubo una masiva violación que obviamente produjo un daño moral y material que alguien debe reparar porque quienes lo produjeron actuaban en nombre del Estado y si ello era así somos todos los asociados quienes debemos concurrir a subsanarlo.

"Para estar a tono con alguna exigencia de la sala Electoral allego 7 registros civiles de prueba de parentesco dado que en alguna oportunidad se objetó el valor de las simples certificaciones sobre estado civil que expiden las autoridades.

"Termino, entonces, solicitando al H. Tribunal se acceda a todas las peticiones de la demanda.".

- III -

VISTA FISCAL

La Fiscal Segundo de la Corporación, Dra EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, (C 1, folios 169 y ss.ss), hace las siguientes "CONSIDERACIONES"

"En el caso en estudio se encuentran demostrados los elementos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad de la Administración. En el expediente está suficientemente probado el hecho por el cual se reclama y las consecuencias derivadas del mismo.

"El análisis que realizó el tribunal, se ajusta a las normas invocadas y a los parámetros que la jurisprudencia tiene establecidas para declarar la responsabilidad de la administración.

"El proceder de los integrantes de la institución fué sin lugar a dudas reprochable, pasando, como quedó demostrado al campo penal.

"La actuación de los uniformados, al parecer contó con la autorización del Teniente RIOS SERRANO, según se desprende de las declaraciones allegadas al expediente. Al menos la forma como se refirió a la víctima, dio origen al posterior proceder de los soldados.

"No se ejerció pues la debida autoridad por parte de los superiores. El ilícito de que fué víctima la joven OMAIRA, se cometió, se podría decir que con la aprobación o tolerancia del superior.

"Resulta inaudito por decir lo menos, que actos de esta naturaleza se permitan y toleren en una institución, que como dice el apoderado de los Actores, debe velar por la seguridad de la vida y honra de los ciudadanos.

"Respecto a la tasación de perjuicios hecha por el Tribunal, la Fiscalía considera que no obstante el sufrimiento padecido por la familia, la afección y las secuelas las padece de manera directa la víctima siendo ésta la única que tendría derecho a un reconocimiento pleno de los perjuicios sufridos.

"Sin desconocer los sentimientos de los restantes miembros de su familia, hay que suponer que la mayoría afección la padeció la víctima y en esa misma proporción, la sentencia le otorgó a ésta unos perjuicios morales mayores. En sana lógica el juez realizó una graduación de esos perjuicios para el resto de los actores, que a juicio de esta Fiscalía se deben mantener.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Sala la confirmación del fallo apelado.".

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del informativo quedaron debidamente probadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que MARINA HOYA SANJUAN, es la madre natural de OMAIRA GOMEZ; ARELY, SOFIA TOMAS, MARLENE BELEN y

CARLOS EDUARDO GOMEZ HOYA, como se acreditó con los certificados que obran a folios 139 y siguientes de cuaderno Nro 1;

SEGUNDA: Que el Tribunal Disciplinario de las Fuerzas Militares de Colombia -Ejército Nacional- Quinta Brigada, en providencia calendada el día catorce de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), condenó al Subteniente del Ejército Nacional, señor WALTER RIOS SERRANO, por haber infringido "....de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y que su proceder encuadra dentro del literal b) del artículo 156 del Decreto 1776 de 1979, que dice; "Cualquier otro hecho de igual o mayor gravedad y trascendencia que afecte la disciplina, la moral o el prestigio de la Institución..." La sanción que se le impuso consistió en "...la separación temporal de las Fuerzas Militares, por un lapso de ocho (8) meses"; (c 1, fol 12 y ss.ss);

TERCERA: Que el Tribunal Superior Militar, en sentencia calendada el día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), RESOLVIO:

"1. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, convocado por el Señor Comandante de la Quinta Brigada, por la cual absuelve al Subteniente WALTER RIOS SERRANO, sindicado de ser cómplice del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO.

"2. CONFIRMAR la sentencia condenatoria respecto a los soldados EDGAR ENRIQUE BLANCO JIMENEZ y RICARDO ANTONIO BOLIVAR GUTIERREZ a la pena principal de treinta y cuatro (34) meses de prisión, como autores responsables de los delitos de ACCESO CARNAL VIOLENTO y ABANDONO DEL PUESTO.

"3. CONFIRMAR la sentencia condenatoria a los acusados soldados WILSON BOLAÑOS ESTRADA, FREDDY DE JESUS BOLIVAR RODRIGUEZ, LUIS ERNESTO CONTRERAS ORTEGA, MISAEL MENDOZA BOHORQUEZ, JAIME NARANJO FORERO, GERMAN NIÑO GOMEZ, GABRIEL NIÑO, HUMBERTO ROJAS VILLABONA, ERWIN SERRANO PINEDA, HORACIO VARGAS RIVERA, CESAR MARTIN SILVA, JOSE VARGAS VALERO y PEDRO MONTERO GRIMALDOS a la pena principal de treinta (30) meses de prisión, como responsables del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO.

"4. ASIMISMO confirmar la sentencia condenatoria respecto de los soldados HUMBERTO BALLESTAS SILVA, JAIRO MANUEL BARRIOS MONTERROSA, JUAN BAUTISTA GALVIS RAMIREZ, MIGUEL ANGEL MALDONADO CRIADO, GERMAN MOGOLLON HERNANDEZ, PEDRO MANUEL MORENO ANGULO y NORBERTO VELASCO LEON a la pena principal de

dieciocho (18) meses de prisión, como responsables del delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO.

"4. (Sic) CONFIRMAR la cesación de procedimiento que se seguía a los soldados ARIEL BURGOS ROMERO, ALVARO JAIMES QUINTERO, TRINIDAD MONTAÑEZ PARRA, JORGE MORENO RAMIREZ, JOSE MORENO SANDOVAL, ELADIO RUEDA RAMIREZ y HUMBERTO VILLAMIZAR LEIVA, sindicados de ACCESO CARNAL VIOLENTO.

"5. CONFIRMAR los numerales sexto, séptimo y octavo de la parte resolutiva.

"6. DENEGAR la solicitud del subrogado de condena de ejecución condicional impetrado por el Doctor RODRIGO A. TRISTANCHO CARVAJAL en favor de los convictos, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.". (C 1, fol. 75-76).

B) Dentro del marco probatorio que se deja enlistado y el que en la providencia impugnada valoró el *a-quo*, la Sala encuentra que dentro del informativo quedó debidamente probada la falla del servicio. De la providencia del Tribunal Superior Militar, a que en antes se hizo referencia, la Sala destaca el siguiente párrafo, que es importante para tener la cabal comprensión de la realidad fáctica. En él se lee:

" 1. Existen entonces respecto de todos estos soldados enumerados no sólo cargos directos como ocurre casi en su totalidad, sino las confesiones simples, las cuales reúnen los presupuestos para considerarlas verídicas, es decir, que en concreto la prueba no sólo es de probabilidad sino de certeza, además confluye la prueba indiciaria de que estaban en el lugar y se presentó la oportunidad de cometer el hecho, sin hacer el cálculo de las consecuencias.

"Hemos de concluir entonces que había adecuación típica entre la conducta desarrollada por cada uno de estos encartados y los modelos de Acceso Carnal y Acto Sexual; ahora, los juicios de reproche que se formularon y se propusieron al jurado, quien sólo atiende a su moral y convicción íntima, han dado su veredicto aceptando la responsabilidad para los soldados enumerados y negándola para el Oficial". (C 1, fol 70).

No hay, pues, espacio para la duda, en la materia que se estudia. La demandante OMAIRA GOMEZ HOYA fue víctima de atropellos sexuales por parte de veintidós (22) soldados al servicio de las fuerzas armadas, que con su conducta violaron la normatividad constitucional que obliga a defender la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Ese comportamiento antijurídico

concreta un mal funcionamiento del servicio, lo que explica que la falla invocada, en el caso en comento, sea incuestionable. Desde el punto de vista filosófico, la Sala se encuentra frente a un verdadero atentado a la dignidad de la persona humana, que degrada nuestra civilización y deshonra más a sus autores que a la víctima misma. Olvidaron los soldados que tan mal procedieron, que ella es intangible, y que todos los poderes del Estado están obligados a respetarla y protegerla. Estos deben por lo tanto, promover todas las condiciones que la hagan posible, y deberán remover los obstáculos que impidan su plenitud. Los jueces de la República cumplimos con nuestros deberes, imponiendo las sanciones de ley, pero convencidos de que la enfermedad necesita ser atacada mediante un proceso largo, continuado e intenso de educación de los servidores del Estado, que no pueden seguir viendo a sus semejantes como cosas sino como personas, con todo el mensaje que se recoge en el concepto. En esta materia vale recordar que tratadistas como Federico de Castro, citado por Jesús González Pérez en su obra la Dignidad de la Persona, enseñan que no debe dudarse en catalogar entre los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO TRADICIONALES, el de la preeminencia de la dignidad humana, con todas las consecuencias que ello comporta en el ordenamiento jurídico. Realidades como la que se estudia, hacen recordar el pensamiento de Unamuno que hablaba de los "feroces choques de nuestros días", que "están despojando de su personalidad, de su civilidad, de su historicidad a los hombres que luchan, y nos ponen al descubierto las RESES que hay dentro de ellos, los hombres cosas".

C) Impresiona a la Sala la absolución que el Consejo Verbal de Guerra, convocado por el señor Comandante de la Quinta Brigada, hizo del subteniente Walter Rios Serrano, confirmada por el Tribunal Superior Militar, pues con ella se generaron vivencias de contradicción con la sanción disciplinaria, impuesta por el presidente del Tribunal Disciplinario, y confirmada por el Comandante General de las Fuerzas Armadas, que aumentó la suspensión de ocho a doce meses. En uno de los apartes de éste proveído, se lee:

> "Pero este Comando considera que la dosificación de la pena antes citada, no se compadece con la realidad procesal, pues casos como el presente, causan en el estamento Castrense repercusiones de cierta magnitud en su contra resquebrajando la disciplina, la moral y el prestigio, pilares fundamentales que deben permanecer incólumes y por consiguiente se elevará hasta doce (12) meses de separación de las Fuerzas Militares para el Subteniente inculpado" (C 1, fol 117 y 118).

En casos como el presente, es necesario que personas con tan bajo nivel moral, no vuelvan a la Institución armada. Si así no se procede, queda la semilla para que en el futuro se monte otra falla del servicio, con más veras, pues en la valoración de la conducta humana resulta de singular importancia el estudio de los antecedentes.

D) PERJUICIOS MORALES: Al folio 11 del cuaderno Nro. 1, obra el resultado de la prueba psicológica complementaria consistente en test de personalidad (MMPL), practicado por el psicólogo del Instituto de Medicina Legal, Seccional de Bucaramanga, del cual el Psiquiatra Forense, que suministra la información, destaca las siguientes conclusiones:

"1. Aunque se ha ido atenuando presenta una marcada depresión, determinada ésta por su idea de que debido a lo ocurrido ahora vale bastante menos que antes y en su premonición de que será rechazada por los hombres en cuanto se enteren de su situación. A este estado emocional también contribuye el que se sienta, en parte, culpable de lo acontecido. Invadida frecuentemente de ideas suicidas.- Un síntoma que refleja en buena medida el impacto que ha ocasionado en su sistema nervioso el atropello de que fue objeto lo constituyen las frecuentes pesadillas que tiene.- Como consecuencia de lo ocurrido ha desarrollado conducta fóbica hacia los hombres e incluso hacia su familia (vive muy preocupada de lo que piensan sus hermanos sobre lo que le ocurrió).Fdo. Dr. Juan José Cañas Serrano. Psicólogo Forense.

"Se revisó la historia clínica existente en la Clínica San Pablo, en la cual consta que fué internada el 13 de febrero por crisis de angustia posterior a experiencia traumática por violación, se le dio de alta el 25 del mismo mes para que continuara tratamiento ambulatorio.

"CONCLUSION: Después de examinar a la señorita OMAIRA GOMEZ HOYA, haber revisado su historia clínica y habérsele practicado prueba pricológica (sic) complementaria, se deduce que dicha persona para el momento actual y como consecuencia de la violación de que fue objeto, presenta trastornos emocionales consistentes en un Estado ansioso-depresivo reactivo con ideas suicidas, el cual requiere de tratamiento psiquiátrico, que puede ser ambulatorio. La duración de dicho tratamiento será determinada por el psiquiatra tratante de acuerdo a su evolución.".

La realidad que fluye del acervo probatorio lleva a la sala a confirmar la condena que por perjuicios morales hizo el *a-quo*, a favor de los demandantes. No introduce, en este aspecto una valoración que no viola los principios de justicia y equidad. Por lo demás, no puede perderse de vista que ésta materia está al arbitrio del juez, por lo cual no se puede pretender que, en todos los casos, y frente a diferentes circunstancias, los hermanos siempre resulten indemnizados por este concepto, con el monto de quinientos gramos de oro puro.

E) La condena que por perjuicios materiales se hace en la sentencia, en favor de la víctima OMAIRA GOMEZ HOYA, también se confirmará, pero

la Sala considera conveniente y necesario hacer las siguientes precisiones de alcance jurisprudencial:

No existen dentro del informativo pruebas que acrediten que la demandante OMAIRA GOMEZ HOYA trabajara en actividad que le reportara ingresos. Por el contrario, de los testimonios rendidos por los señores ARMANDO OSPINA SAFI (C 1, fol 39), SEGUNDO CORREA FLOREZ y ANICETO CAMPOS NEIRA, se desprende que la joven era hija de casa, sin que ninguno de ellos ilustre al sentenciador sobre ingresos económicos de ninguna naturaleza. No obstante esta realidad, se ordenará que se pague la indemnización por lucro cesante, siguiendo la pauta jurisprudencial que se marcó en la sentencia de diez y seis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), expediente Nro 3931, Actor Adela Rodríguez Vda de Mogollón, Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, en la cual se lee:

> "...parece incuestionable, por razones de justicia, predicar que cualquiera que sea la edad de la víctima, y aunque no esté laborando en el momento del accidente, ella tiene derecho a que se le indemnice a título de lucro cesante, la pérdida o disminución de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa. Lo razonable parece ser que llegado el momento en que la persona tiene su plena capacidad laboral, se le reconozca la indemnización correspondiente por las condiciones inferiores en que queda la víctima, si se las compara con las que tenía antes de ocurrir el accidente. En el *sub-lite*, se tiene que aunque la menor no podía aún celebrar el contrato de trabajo, en el momento del accidente, sí estaba en la posibilidad de hacerlo al cumplir 18 años. Por lo mismo, parece equitativo partir de la base del salario mínimo existente en el momento de ocurrir este hecho...".

Como dentro del plenario no es posible determinar con exactitud la cuantía del perjuicio, se confirmará la condena IN GENERE que hizo el *a-quo*, para que la liquidación se haga con sujeción a lo preceptuado en el artículo 137 del C. de Procedimiento Civil, pues la condena en abstracto sigue siendo posible en los procesos contencioso-administrativos. Con tal fin, se seguirán las siguientes pautas:

PRIMERA: Por médicos de Medicina del Trabajo, se fijará la incapacidad temporal, permanente parcial, permanente total, o de gran invalidez con que haya podido quedar la demandante OMAIRA GOMEZ HOYA, como consecuencia de los atropellos de que fué víctima, para lo cual se ilustrarán con los exámenes practicados por el Instituto de Medicina Legal de Bucaramanga, que obran a folios 10 y 78 del C No. 1, suscritos por Psiquiatra Forense;

SEGUNDA: Se indemnizará la capacidad temporal certificada por los médicos teniendo en cuenta el salario mínimo vigente en 1987, para el sector rural, y sólo por el periodo de incapacidad laboral que se certifique;

TERCERA: Se indemnizará la incapacidad permanente parcial o la incapacidad permanente total, o la gran invalidez, teniendo en cuenta también el salario mínimo vigente para el sector rural en 1987, distinguiendo dos periodos: a) El transcurrido entre el momento en que ocurrió la tragedia (Febrero 8 de 1987), y la fecha de ejecutoria de éste fallo; b) El futuro, o sea el que corre a partir del día siguiente a la ejecutoria de ésta providencia y la vida probable de la demandante, atendiendo las tablas colombianas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, las que deberán acercarse a los autos dentro del trámite incidental. La liquidación por ambos períodos se hará teniendo en cuenta sólo el porcentaje de incapacidad laboral certificada por los médicos;

CUARTA: Se actualizará la condena de acuerdo con las fórmulas aceptadas por la Corporación;

F) A manera de pedagogía jurídica y judicial, la Sala recuerda al a-quo que cuando se hace la condena en abstracto se impone fijar las pautas que se deben seguir dentro del trámite incidental, pues de lo contrario sería imposible fijar el monto de la misma. En esta materia no es posible hacer suposiciones pues con ello se crea inseguridad jurídica.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el día cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), con la precisión de que los perjuicios materiales deben liquidarse siguiendo las pautas fijadas en la presente sentencia.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala,; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Arturo Mora Villate, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. marzo 16/89, exp. 3931, actor: Adela Rodríguez, Ponente Dr. Uribe Acosta.

FALLA DE SERVICIO DE POLICIA. FALLA DEL SERVICIO POR OMISION. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Inexistencia

La policía no dio cumplimiento a sus funciones preventiva y restablecedora del orden público en el caso *sub lite*. Los agentes de policía que se encontraban presentes para salvaguardar el orden del estadio "Pascual Guerrero" de Cali, y en particular el de la tribuna sur, por cuanto allí, según quedó demostrado, se presentaban repetidamente hechos potencialmente peligrosos, se limitaron a seguir el curso del partido con interés similar al de cualquiera de los espectadores presentes. Hubo falla del servicio por parte de la Policía Nacional al omitir tomar las medidas preventivas requeridas, y no existen causales de exoneración de tal responsabilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente N^{O}. 5702. Actor :Josué Hurtado Duque y Otros.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 24 de noviembre de 1988, y mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda, como pasa a verse.

FUNDAMENTOS DEL FALLO RECURRIDO

Ante la acción de reparación directa y cumplimiento instaurada por los familiares del menor Fulvio César Hurtado A., quien encontró la muerte tratando de salir del Estadio Pascual Guerrero de Cali al término accidentado de un partido de football, denegó las súplicas de la demanda el Tribunal, básicamente en consideración a que de acuerdo con el análisis que hizo de los hechos, y de las normas aplicables, se configuró claramente el caso fortuito. En este sentido expresó, luego de hacer el análisis probatorio y de los alegatos de las partes así como del concepto fiscal, lo siguiente:

"Así como la expresión CASO FORTUITO traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la de FUERZA MAYOR, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no puede evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias" (derecho Colombiano, Tomo XXI, número 101, págs. 586 y ss.).

"O sea que mientras el caso fortuito tiene como elemento esencial la IMPREVISIBILIDAD , la fuerza mayor tiene el de la IRRESISTIBILIDAD. Los mismo ejemplos que da el párrafo transcrito incluyen unos casos de caso fortuito y otros de fuerza mayor. Esa, era, por lo demás, la distinción romana, entre los dos fenómenos. De suerte que históricamente e idiomáticamente no puede confundirse. No puede o debe dársele a ambos los mismos dos elementos, porque además a ello se opone su naturaleza jurídica: mientras el caso fortuito es un eximente de culpa en razón o función de hechos exteriores y ajenos a la voluntad de las partes, la fuerza mayor significa una autonomía entre la libertad y la autoridad, entre el ciudadano y el estado; hay una fuerza, un acto estatal, un hecho del príncipe, como dice la doctrina francesa, y esa fuerza es mayor o superior, es irresistible.

"En una palabra consideramos que ésta es la distinción que se debe hacer en derecho administrativo, como es el caso que se controvierte en esta oportunidad.

"Agreguemos únicamente que en éste orden de ideas habrá que decir que para el derecho administrativo, como lo hacían los ramanos (sic), los casos fortuitos son hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad. O más ampliamente, el caso fortuito es el hecho imprevisible y la fuerza mayor es el irresistible.

"Por todo lo anterior, se deberán despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda."

LOS ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

Solicita el recurrente la revocatoria del fallo impugnado, fundamentalmente al considerar que en el sub-lite se configuró un caso claro de falla del servicio. Para ello expresó:

" Según las diferentes declaraciones rendidas dentro del proceso, y especialmente la rendida por el señor GERMAN IGNACIO LOPEZ la tragedia se ocasionó porque las autoridades olvidaron ejercer -valga la redundancia- SU AUTORIDAD, olvidaron que su asistencia al estadio obedecía a su obligación de guardar el orden que la constitución y las leyes les imponen, y se convirtieron en unos espectadores mas, haciendo ora de hazmereir de los asistentes al escenario deportivo, ora en personas uniformadas más interesadas en los resultados del encuentro que los mismos particulares, ora en participantes de los desordenes.

" Aparece igualmente demostrado que los lamentables desordenes que se presentaron en el Estadio, al terminar el partido entre los equipos locales denominados Cali y América, el 17 de noviembre de 1982, NO ERAN LA PRIMERA VEZ QUE SE PRESENTABAN, basta leer sin mucho detenimiento las declaraciones del señor López, y de las demás personas que declararon dentro del mismo, todos coinciden en afirmar que los desordenes eran bochornosos hechos que ocurrían TODOS LOS DOMINGOS en las graderías del Estadio de Cali, en esa gradería, se lanzaba comida, basura, residuos de materias orgánicas, durante la realización de los partidos, y especialmente al finalizar estos, actos de incultura que se fueron asentuando hasta desencadenar en la tragedia gracias a que las autoridades se hicieron siempre los desentendidos, "sí iban policías pero era como si no fuesen por que nada hacían por guardar el orden".

" No queda duda que la causa inmediata de los actos de incultura fue:

" LA FALTA DE AUTORIDAD EN EL ESTADIO, SITUACION QUE SE VENIA PRESENTANDO DESDE HACIA MUCHOS MESES, QUIZAS AÑOS, LA CUAL SE TRADUCIA EN PERMITIR COMPLACIENTE LA ENTRADA DE LICOR, ALUCINOGENOS, DESORDENES, VULGARIDAD EN LAS GRADERIAS DEL PASCUAL GUERRERO, la espontaneidad y la claridad de los testimonios, no dejan duda sobre la veracidad de sus dichos y ponen de presente las causas de los sucesos, la totalidad de los declarantes coinciden en sus apreciaciones sobre la falta de autoridad que reinaba en el estadio, la complacencia de la policía con los hechos, y la inoficiosa presencia de los uniformes.

"RESPONSABLES

"Se argumentó en la sentencia de primera instancia

"Que los trágicos sucesos del estadio que dieron lugar al presente proceso tuvieron su origen en un Caso fortuito.

"Ampliamente ha estudiado la Corte tan importante cuestión, "El elemento relativo que configura el caso fortuito está condicionado por tres factores:

"1) Una fuerza extraña al deudor que no se le pueda imputar;

"2) Que el acontecimiento constutivo (sic) del caso fortuito haya escapado a toda previsión, y

"3) Que las circunstancias hayan opuesto un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación.

" En la misma sentencia, con la cual me encuentro inconforme dice: '.... se trata de un caso fortuito, es decir, un suceso inopinado que no se puede prever ni resistir, que tiene origen en un hecho imprevisto y ajeno a la voluntad del respectivo funcionario; y el requisito esencial de éste fenómeno jurídico, es la "IMPREVISIBILIDAD".

" Pero precisamente el requisito que el H. Tribunal del Valle, con sobrada razón señala como esencial para que se configure el Caso Fortuito, es el que brilla por su ausencia en el proceso que nos ocupa, basta leer las declaraciones recogidas en el proceso todos los declarantes son claros en señalar que como asistentes consuetudinarios al Estadio de Cali, fueron testigos de que la incultura, la vulgaridad, la violencia, el consumo de alucinógenos, de droga, los hechos de arrojar basura, comida, detritus, fueron hechos que las autoridades miraron complacidas, ante el silencio de éstas, los hechos se fueron agravando hasta terminar en la tragedia, entonces éstos hechos protagonizados por particulares SI SE PODIAN HABER PREVISTO, FUERON LAS AUTORIDADES LAS UNICAS QUE NO LO VIERON ASI." (fls. 239, 240 C.1).

Y, en relación con la responsabilidad de las entidades demandadas, señala:

1) Respecto de la responsabilidad del Municipio, expresa:

" No puede argumentar el Municipio que los encuentros semanales de football no son de su incumbencia, el alcalde, de acuerdo con nuestra constitución, es el jefe de la administración Municipal y como tal debe guardar el orden en su territorio, cumplir y hacer cumplir las leyes, la programación " footbolística" es ampliamente divulgada por todos los

medios de comunicación, los desordenes eran públicos, y el Alcalde, debería haber tomado las medidas del caso, pues se conocía que la tragedia ocurría, gracias a la desidia de las "autoridades", estos actos comprometían directamente el orden público de la ciudad; y por lo tanto su responsabilidad estriba en haber conocido los hechos de desordenes que regularmente se venían presentando y no haber hecho nada para evitarlos, si definitivamente no se hubiera podido guardar el orden en los estadios, la ley lo facultaba para haber suspendido los encuentros de football". (fl. 240)

2) En relación con la Nación, afirma:

" La Nación se vinculó al proceso a través de la notificación que se hizo de la demanda al Ministro, pero guardó silencio, nada dijo, pero también es cierto que nada podía decir, ante la claridad de las omisiones que se le imputaron y que se demostraron, pues la Policía, en el caso de los desordenes en el Estadio de Cali, ignoró los hechos que eran del dominio público.

" En caso similar dijo el H. Consejo de Estado: "El artículo 16 de la Constitución establece la condición sine qua non de existencia de las autoridades de la República: La protección de la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. Artículo 2o. *ibídem*, obliga a los funcionarios a actuar en todos los casos que requieran la presencia del Estado y establece la responsabilidad por falta de actividad. A su vez el numeral 7 del artículo 120 de la carta dispone que sea el presidente de la República el supremo guardián del orden público en sus facetas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad. Por lo que lógicamente el control de unas festividades que involucraban dichas facetas debían ser objeto de la vigilancia del gobierno central y mucho más cuando celebraciones similares se efectuaban en gran parte del territorio nacional. Sin embargo no consta en autos que la actuación del gobierno fuera preventiva. Su manifestación solo...."

" La descrita falla en el servicio por omisión, bastaría para condenar a la Nación...." (Sentencia 6 de mayo de 1988 expediente 3851 Sección Tercera- similares apreciaciones se leen en la Sentencia de la misma fecha dictada en el proceso de Ana María Mendoza contra la Nación, y el proceso de Víctor Callejas contra la Nación, y otros muchas más).

" De acuerdo con las normas que oportunamente se señalaron como violadas por la -Nación -Policía Nacional, está instituido para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes, cooperar en la investigación de los delitos, las contravenciones, conservar el orden público interno en sus aspectos de seguridad, tranquilidad, salubridad y

moralidad públicas, en sus reglamentos se le faculta a la Policía para intervenir OBLIGATORIAMENTE EN LOS CASOS QUE TUVIERAN CONOCIMIENTO, Y A SUSPENDER LOS ESPECTACULOS QUE OFREZCAN PELIGRO, sin embargo consta en autos que la policía se limitó a divertirse sin tener en cuenta el peligro que corrían las personas asistentes al Estadio, el meollo de su responsabilidad estriba en el hecho de que la policía asistía semanalmente al Estadio conocía los hechos y nada hizo para evitarlos". (fl.241).

CONDUCTA PROCESAL DE LA PARTE DEMANDADA

En esta instancia, ni el municipio de Cali, ni el Ministerio de Salud, ni Coldeportes, ni el Ministerio de Defensa, que habían sido vinculados procesalmente mediante la notificación personal del auto admisorio de la demanda, (fls. 67, 73, 74 y 75 del Cuaderno No. 1), alegaron dentro de la oportunidad procesal que se les otorgó mediante proveído de abril 12 de 1989 (fls. 237 C.1).

EL CONCEPTO FISCAL

Solicita la Fiscal Segunda de la Corporación, en concepto obrante a folios 246- 249, la confirmatoria del fallo apelado. Para ello expresó, luego de hacer un recuento de los hechos, lo siguiente:

" Para la prosperidad de las acciones indemnizatorias tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado, es necesario probar los siguientes presupuestos:

"a) Una falla o falta del servicio.

"b) Un daño cierto y determinado.

"c) Una relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño ocasionado.

"Estudiado el expediente este despacho encuentra que no quedó demostrado en el plenario que existiera falla del servicio alegada por la parte actora.

"Veamos: En relación a las autoridades de salud, la hace consistir en que se incumplieron los artículos 215 y 216 de la Ley 9ª de 1979 (Código Sanitario) que dispone que "las edificaciones de establecimientos para espectáculos públicos deberán tener un número suficiente de entradas y salidas de emergencia de acuerdo con su capacidad, las cuales permitirán la fácil y rápida evacuación del público y estarán debidamente señalizadas" (art. 215). "Las áreas de circulación de las edificaciones para espectáculos públicos deberán construirse y mantenerse en forma que permitan su

fácil y rápida evacuación (art. 216). Estos establecimientos contarán con un sistema de iluminación independiente y automático para todas las puertas, corredores y pasillos de las salidas generales y de emergencia". Anotando que como se producen en el proceso, las dos rampas de acceso a la tribuna sur del Estadio Pascual Guerrero en la época de los hechos, eran insuficientes para evacuar el gran número de aficionados, que esa noche acudieron al encuentro futbolístico. (fl. 45).

"No está demostrado en el plenario que el estadio Pascual Guerrero de la ciudad de Cali, para la época de los acontecimientos, no reuniera los requisitos exigidos por el Código sanitario, a que se refiere la parte actora. Se requería para probar lo anterior, necesariamente de prueba pericial, la cual no obra en el proceso.

"Tampoco quedó probada la relación de causalidad entre las supuestas deficiencias de las instalaciones del estadio y la tragedia, pues como oportunamente se analizará, el accidente se debió al comportamiento irresponsable de algunos asistentes que se dedicaron a efectuar actos de vandalismo.

"En cuanto a la falla del servicio por parte del municipio, la apoderada de la parte actora la hace consistir en que, el Alcalde es el Jefe del Municipio y como tal Jefe de la Policía, quien no hizo cumplir las normas policivas pertinentes para evitar los hechos de barbarie. Al folio 187 y siguientes del cuaderno principal aparece la declaración del Jefe de la División de la Policía en donde explica las funciones de la entidad y la relación existente con los funcionarios del municipio. En apartes de esa declaración se lee: "Como lo manifesté anteriormente ellos nunca le solicitan por intermedio de la administración municipal protección, lo hacen directamente ante el Comando de la Policía Valle en ese momento y ante el Comandante de la Policía Metropolitana actualmente, ni siquiera después del accidente..." "Como lo manifesté anteriormente, el trabajo coordinado entre el Alcalde Municipal de Cali y la Policía Metropolitana, es actualmente, porque en esa época para el año de 1982 no existía relación directa entre mi despacho y la Policía Valle, o sea que esto ha sido a partir del año de 1983, que se creó la Policía Metropolitana de Cali , por esa razón el Municipio no tuvo conocimiento de solicitud de ningún servicio policivo".

"De acuerdo con la información suministrada por la Policía, para la época de la tragedia, no había sido creada en Cali la Policía Metropolitana (fl. 80) y tal como lo expresa la Jefe de la División de Policía de la Secretaría de Gobierno Municipal de Cali, para el año de 1982 "SOLO EXISTIA LA POLICIA VALLE O SEA QUE EL SUPERIOR JERARQUICO ERA EL GOBERNADOR.... (fls. 187-188 cuaderno principal).

"Tampoco está demostrada la falta o falla del servicio del Instituto Colombiano de la Juventud y el deporte y de la Junta Administradora del Deporte (Seccional Valle) pues en la demanda se limitan a citar varias disposiciones legales que indican cuándo fué creado ese Instituto y sus funciones, comentando como en cada capital debe existir una Junta Administradora del Deporte bajo la dirección de Coldeportes, haciendo consistir la falla del servicio en que esta Junta omitió con grave riesgo de los habitantes del departamento los deberes de "ejecutar, fomentar, impulsar y coordinar en su respectiva jurisdicción... los deportes y la recreación..."

"No se logró probar que estas entidades hayan incumplido sus obligaciones y menos aún la relación de causalidad existente entre las funciones y obligaciones genéricas del instituto y la Junta que se citan en la demanda y los hechos ocurridos en el estadio Pascual Guerrero.

"Debe destacarse que el mencionado estadio pertenece a la Universidad del Valle, pues le fue cedido a título gratuito y a perpetuidad por el Departamento del Valle mediante Ordenanza 20 de 1954 (fls. 105-106).

"En relación con la falla del servicio que se le imputa a la Policía que tuvo a cargo la vigilancia en el estadio, tampoco quedó establecida, pues como lo declaran en forma concordante los señores JOSE ISMAEL RINCON, GERMAN IGNACIO LOPEZ y PEDRO PABLO DELGADO (fls. 156- 162 y 175- 176) antes de concluir el espectáculo, el público empezó a salir común y corriente, cuando desde la parte de arriba de la Tribuna Sur, sujetos inescrupulosos comenzaron a realizar sus necesidades fisiológicas sobre los espectadores, lo que ocasionó que las personas que estaban abajo salieran corriendo y hubo un desprendimiento del tubo de seguridad donde la gente cayó y los que venían atrás pasaban por encima de ellos.

Considerando que los desafortunados hechos tuvieron lugar debido a la conducta de algunos aficionados que se encontraban en la parte alta de la Tribuna Sur, no es posible responsabilizar al Estado, tal como lo afirma la sentencia del Tribunal". (fs. 246 a 249 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LAS EXCEPCIONES

Previamente al estudio de fondo del presente proceso, es del caso resolver las excepciones propuestas, así:

a) *La caducidad*

Para el Procurador Judicial del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte -Coldeportes, la acción está caducada porque se presentó la demanda por fuera de los dos (2) años que se señala, para las acciones de reparación directa y cumplimiento (hoy de reparación directa), el inciso 4o. del artículo 136 del Decreto 01 de 1984. A su juicio, el término debe empezar a contarse el día 17 de noviembre de 1982 -día de la tragedia- hasta el 16 de noviembre de 1984, día en que se completó el segundo año. Como la demanda se presentó el 17 de noviembre de 1984, ya había operado el fenómeno de la caducidad.

De las situaciones descritas la Sala encuentra claro que la demanda sí se presento en tiempo. Sobre la materia, la Corporación ha hecho precisiones sobre la forma como opera la caducidad, a partir de la vigencia del decreto 01 de 1984, esto es, desde el 1o. de marzo del mismo año. Así, en providencia de febrero 17 de 1987, el expediente 5033; actor; Sara Emilia MOZO LASTRA, puntualizó:

> ". No obstante la realidad anterior, a manera de pedagogía, la Sala recuerda que la acción de reparación directa que consagraba el art. 68 de la Ley 167 de 1941, hoy art. 86 del C.C.A., cuando se ejercite por un hecho o una operación administrativa ocurrido con anterioridad a la vigencia del Nuevo Código Contencioso Administrativo, agota el término de caducidad de tres años dentro de la vigencia del Decreto 01 de 1984, pero en ningún caso puede exceder de dos (2) años contados a partir del 1o. de marzo de dicho año.
>
> " Esto porque las normas sobre el procedimiento, son de orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento, salvo expresa autorización de la ley, como lo pregona el art. 6o. del C.P.C.".

Lo antes expuesto, explica bien la causa por la cual la excepción no prospera, y con toda claridad indica como el actor obró dentro de los términos de ley, que por demás no se vencía sino en noviembre 17 de 1985.

b) *Ineptitud sustantiva de la demanda*

La hace consistir el apoderado de COLDEPORTES, en que los poderes otorgados por los demandantes tienen por objeto obtener la reparación de los daños por las muertes ocurridas "....en el desplome del Estadio Pascual Guerrero de Cali" y la demanda no se fundó en ese hecho sino en treinta y uno, es decir, que la causa de la acción no fue invocada como causa en el *petitum*.

Para el sentenciador no existe la discordancia que alega el excepcionante, pues de la lectura de los poderes y de los hechos que conforman la causa *pretendi*, se advierte, sin necesidad de hacer mayor esfuerzo, que la causa de

ambos es la misma. Al interpretar la demanda no puede el fallador manejar criterios tan estrechos, pues obrando así podría llegar a desconocer los derechos subjetivos de los administrados.

Por lo dicho la excepción no prospera.

2. Hechos ameritados

Al no ser atendidos los medios de defensa aducidos por el Procurador Judicial de COLDEPORTES, la Sala entra a enunciar los hechos que en el sub-lite encuentra acreditados, los cuales según se encuentre procedente, serán objeto de ampliación en los presentes considerandos.

Ellos son:

2.1. El menor Fulvio César Hurtado Arcila, nació el 13 de junio de 1968 (f. 21) y murió el 17 de noviembre de 1982 (f. 25);

2.2. Su muerte fue causada por "asfixia por aplastamiento" (f. 26);

2.3. La muerte le sobrevino al menor al intentar salir del espectáculo futbolístico que tuvo lugar el 17 de noviembre de 1982, en el estadio Pascual Guerrero de la ciudad de Cali, en momentos en que finalizando el espectáculo se formó un gran tumulto a la salida del estadio, cuando espectadores de la Tribuna Sur alta lanzaban excrementos sobre aquellos que en la planta baja buscaban replegándose de tal manera sobre una de las barandas, que ésta se venció, contribuyendo a que la aglomeración formada se acrecentara (fls. 157 - 161).

2.4. El hecho de lanzar desperdicios y excreciones fisiológicas desde la Tribuna Sur del Estadio Pascual Guerrero de la ciudad de Cali, se había convertido en práctica reiterada durante los encuentros futbolísticos, especialmente los denominados "clásicos" (fls. 157, 158, 159, 160, 161, 175 y 176);

2.5. La Policía nada hizo para evitar que el incidente mencionado se presentara y generara una alteración seria del orden público, su función se limitó a actuar desorganizadamente luego de que aquel había adquirido proporciones de tumulto, de difícil manejo (fs. 157, 158 y 176).

2.6. Era del conocimiento general, que el comportamiento descrito por parte de los espectadores de la tribuna sur, asistentes al Estadio mencionado, se acentuaba en los momentos finales del encuentro deportivo, dificultándose la salida de las instalaciones, y consecuencialmente ocasionándose obstrucción y tumulto en los pasillos, corredores y demás lugares de acceso a la calle, sin que los agentes encargados de preservar el orden público actuaran evitando ni previniendo que estos tumultos se formaran (fs. 158, 159, 161).

2.7 Los asistentes al encuentro futbolístico en comento, no sobrepasaron la capacidad instalada del lugar del evento (fs. 116 y 117).

3. LA RESPONSABILIDAD

Hecha la anterior relación de hechos que en concepto de la Sala se encuentran plenamente probados en el expediente estudiado, entra la Sala a analizar las pretensiones contenidas en la demanda, frente a cada uno de los sujetos que conforman el extremo pasivo del caso sub-lite, cuales son: La Nación, el Municipio de Cali y el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte -Coldeportes, todos los cuales fueron demandados solidariamente y notificados en forma legal, (fls. 67, 73, 74 y 75, todos del cuaderno 1, respectivamente).

3.1. LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.-

La relación de hechos descritos en el anterior aparte, cuyo fundamento probatorio se deriva de los múltiples testimonios que obran en el sub-lite y que más adelante serán materia de transcripción y análisis, llevan a la Sala a establecer claramente que los particulares que presenciaban desde la tribuna sur del Estadio Pascual Guerrero de Cali los encuentros futbolísticos denominados "clásicos", venían infringiendo, de manera sistemática y reiterada las normas mas elementales de comportamiento en los espectáculos públicos, sin que dicha práctica o comportamiento irregular, hubiere sido objeto de sanción alguna por parte de las autoridades civiles o policivas llamadas a preservar el orden público.

En efecto, encuentra la Sala que tanto el carácter escandaloso como grotesco de los hechos narrados en el evento *sub-lite*, agravado por la frecuencia misma con que ellos se presentaban, hicieron que éstos adquirieran una resonancia y publicidad tales, que sobre su ocurrencia, no solamente DEBIAN, sino que TENIAN que estar advertidas, de manera particular, las autoridades que, por fuerza de los hechos, era de suponer, verían su gestión comprometida o al menos relacionada, con las eventuales consecuencias que dichos actos vandálicos llegasen a tener.

Para ilustrar, y dar fuerza a las anteriores afirmaciones, bástale a la Sala transcribir algunos testimonios al respecto:

"JOSE ISMAEL RINCON BEDOYA

"..... cada que yo asistía al estadio yo preveía que algo iba a ocurrir, comenzando por que (sic) sí no se tiene dinero para una tribuna buena tiene que ser para sur, y si hay mucha aglomeración y desde que uno está haciendo la fila comienza (sic) a tirarle cosas de arriba y la policía de carabineros con sus caballos comienzan a estrujar la gente ya estando

dentro del estadio la seguridad es mínima por que (sic) lo que uno cree que es de seguridad se vuelve inseguro por que (sic) *los agentes de policía no van a guardar el orden, sino a ver el partido eso sucede siempre y lo observo desde que estuve asistiendo al estadio.* (fs. 156, 157) (el subrayado es de la Sala).

"... yo sólo buscaba una ayuda rápida sin lograrlo, las primeras personas que se presentaron a auxiliarnos fueron unos señores de la Cruz Roja, mas o menos a los cinco minutos de eso *llegó una patrulla con unos agentes del orden a acabar de formar el caos, pues se dedicaron a repartir bolillo a todas las personas que estaban allí* (f. 157). (Subraya la Sala).

"Durante el desarrollo del partido se quemó mucha pólvora y se tiraban los desperdicios de comida, orines, se presentaban grescas a cada rato alrededor entre personas fumando marihuana y *de nada valía hablar con los señores agentes, porque estos estaban viendo su partido*, la gente al terminar el partido se arremolieron (sic) a la salida de la tribuna sur y a orinar, y tirar desperdicios hacia abajo, sin ningún control de la fuerza pública, porque ellos al terminar el espectáculo se acuartelan y se retiran (fl. 158 cuaderno principal) (Subrayas de la Sala).

"....Policía si había, nosotros estabamos en la parte de abajo y tratando de observar de donde provenían los desórdenes, debido a la aglomeración tenía un campo visula (sic) muy limitado, *yo sólo observé en la parte de arriba unos tres policías y en los alrededores donde nosotros estábamos, otros dos.* (f. 158 C. principal) (subrayados).

"....A un señor que estaba al lado, le cayó una chuspada de orines, yo le dije a él que habláramos con un policía, llamó al que estaba mas cerca, pero como había tanta aglomeración no fue posible entablar (sic) un diálogo personal, pero toda la gente que había *cerca le decía que guardara el orden, pero el agente de la policía siguió viendo el partido como si nada ocurriera* (fl. 158 c. principal). (subrayas de la Sala).

"....Creo que el accidente de todas maneras hubiera ocurrido porque las personas encargas de guardar el orden no van a proteger a las personas, sino a imponer su autoridad (f. 159).

"Creo que la mayor parte de la culpa se debe al poco criterio de protección de las personas que tienen autoridad..." (f. 159 C.ppal).

"PEDRO PABLO DELGADO CRAZO

"Más que todo atribuyo el accidente a que en la gradería de sur (sic) fuman mucha mariguana (sic) y uno le dice a los señores agentes que le diga alguna cosa a los que están fumando, y ellos no dicen nada..."

Y luego dice:

" Al salir del estadio ese día de la tragedia muchos aficionados que estaban en la parte de arriba en el barandal, *comenzaron a orinarse, en ese momento no había un solo agente allí,...*" (f. 160 C. ppal.) (Subraya la Sala).

"En la gradería sur únicamente *se hacen como seis policías en la parte de arriba al pie de las vallas, no hacen (sic) nada, se dedican a ver el partido*, inclusive los carabineros que son muy groseros, pues le tiran a uno los caballos encima cuando están comprando la boleta. (fl. 161 c. ppal.) (subrayas de la Sala).

"HERNAN IGNACIO LOPEZ PULIDO:

" Si asisten, (los policías), como en todos los demás, pero ellos también se vuelven los payasos del paseo, pues *todo lo que hace el público delante de ellos y no dicen nada* (f.176 c.ppal) (Subrayado de la Sala).

"....Los agentes de la policía estaban en las graderías, al momento de la tragedia no había ninguno de ellos en el sitio de los acontecimientos" (f. 176 C.ppal.).

Es significativo para la Sala que los testimonios transcritos coincidan sustancialmente en afirmar dos hechos fundamentales, el primero relacionado con la manera reiterada como se venían violando, por parte de los particulares, las normas reguladoras de su comportamiento en los espectáculos públicos y el segundo, respecto a la actitud omisiva por parte de todas las autoridades, quienes no intentaron evitar que éstos hechos se repitieran.

Ahora bien, establecidos claramente los supuestos anteriores, es oportuno entrar a analizar el contenido obligacional que por mandato legal y por virtud de su naturaleza y funciones surge para la policía, concretamente en relación con el evento *sub-lite*.

Para efectos de alcanzar un entendimiento de tal modo claro sobre los conceptos anteriores, el cual por mera conclusión lógica conduzca a la Sala a adoptar decisiones certeras, cree ésta oportuno repasar someramente la razón por la cual, desde que el hombre es gregario, independientemente de la forma política que dé a su colectividad, ha contado siempre con la presencia de alguna forma de autoridad, que vista a través de la historia, y traída a nuestros días, se asimila por funciones y objetivos a lo que actualmente y de manera genérica denominamos la POLICIA. Encuentra entonces la Sala que no hay razón distinta para la existencia de éstos órganos de seguridad, a la necesidad social de asegurarse que "alguien, ajeno al discurrir normal de los hechos de los particulares, vele y guarde la tranquilidad de los asociados, y al tiempo

les asegure obrar para evitar o controlar cualquier hecho o acto que atente contra dicha tranquilidad social."

Nuestra Carta Fundamental no hace otra cosa que recoger el anterior enunciado en su artículo 16, el cual además complementa y enfatiza con el tenor de sus artículos 20 y 46.

Dentro de este marco legal general que describe para qué se tienen previstas las autoridades en Colombia, que posteriormente es desarrollado al detalle por normas que de allí se desprende, tales como los artículos 35, 133, 140 y 145 del Decreto 1355 de 1970, C.R.P.M. y el 20 del Decreto 2347 de 1971, todas ellas tendientes a regular la función policial, se ve que nuestro ordenamiento jurídico, coincidente por demás con el de cualquier régimen democrático, impone a su "cuerpo de Policía" fundamentalmente dos tipos de obligaciones; unas, que nacen específicamente de su función preventiva y que podrían enunciarse afirmando que la policía debe obrar para impedir cualquier alteración del orden de los espectáculos públicos, y las otras, derivadas de su obligación de asegurar que una vez alterado el orden, intervendrá oportuna y eficazmente a fin de que las consecuencias de dicha alteración no acarreen peligros innecesarios para los asociados.

De las pruebas allegadas al caso *sub-lite*, se establece de manera irrefutable que la policía no dio cumplimiento ni a una ni a otra función. En efecto, los agentes de policía que se encontraban presentes para salvaguardar el orden del estadio y en particular el de la tribuna sur, por cuanto allí, según quedó demostrado, se presentaban repetidamente hechos potencialmente peligrosos, se limitaron a seguir el curso del partido con interés similar al de cualquiera de los espectadores presentes. No existe constancia de que ni antes del evento, ni en el curso del mismo, los agentes de policía tomaran alguna medida que evitara se sucedieran los hechos previsibles que a la postre se presentaron. Esta omisión de parte suya violó el primer contenido obligacional antes descrito. De la misma manera, una vez se presentaron los incidentes, que según se expresó se dieron porque la policía omitió impedir que se dieran, ésta tampoco actuó para restablecer el orden ya alterado o parar mermar o controlar las consecuencias de dicha perturbación. Limitó su función a reforzar su presencia, sin paralelamente prestar profesionalmente el servicio a su cargo. Faltó por ello a su segunda obligación funcional.

Ahora bien, de los hechos probados en el sub-lite como de las normas reguladoras de la actividad policiva, encuentra la Sala establecido que los agentes de policía efectivamente contaban con los mecanismos de ley necesarios, que en su caso son los "medios del servicio", para cumplir adecuadamente con la función a ellos asignada, medio que ni utilizaron, ni trataron de utilizar.

Además, el presente proceso no aporta prueba alguna de que se haya presentado uno cualquiera de los siguientes supuestos eximentes de responsabilidad:

a.- Culpa exclusiva de la víctima: el menor Fulvio Hurtado Arcila, asistía como simple espectador a un evento deportivo, sin que el expediente se sugiera siquiera un indicio de conducta reprochable por parte suya;

b.- Hecho de un tercero. Efectivamente la Sala encuentra probado, y censura enfáticamente, que el comportamiento vulgar y usual de los asistentes a la tribuna sur del Estadio Pascual Guerrero de Cali se repitió el día en que se sucedieron los hechos materia del *sub-lite*, ameritando que sus autores se hicieran acreedores de las sanciones y multas que por infringir normas penales y policivas prevén los estatutos normativos pertinentes. No obstante, es claro que esta conducta bárbara de los particulares no exime de sus obligaciones a las autoridades presentes en el evento puesto que ellas estaban asignadas a estos sitios precisamente para evitar que se presenten los desmanes de que da cuenta el caso *sub-lite*.

Sobre el anterior particular se ha pronunciado esta Sala en numerosas oportunidades, estableciendo un criterio similar al consignado. Así, en sentencia del 30 de octubre de 1975, expresó:

> " Si habiéndose solicitado amparo o encontrándose en posibilidad de hacerlo -y en este último evento aunque no se hubiere en forma expresa pedido la protección, las autoridades estatales dejaren de actuar como es su deber y por ello no protegieren la vida de una persona residente en el país o permitiesen que otra destruya sus bienes o la despoje de los mismos, o en el caso de que sean ellas quienes se lo destruyan o arrebaten, tiene que concluirse que con esta conducta violan el artículo 16 de la Constitución Nacional, impidiéndosele por esa razón, sin necesidad de entrar a averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que pudiera tener el particular lesionado, la declaratoria de la responsabilidad pública".

Así mismo en Salvamento de voto de los Doctores Carlos Betancur Jaramillo y Enrique Low Murtra, dentro del expediente 11014 de esta Corporación, se expresó:

> " Si la actuación que la Administración ha omitido es de aquellas que debe ella cumplir con base en informaciones serias y fidedignas, que está en la esfera de sus propias funciones, la responsabilidad por omisión se configura sin necesidad de una querella formal. Tan solo será esencial probar plenamente que la Administración tuvo conocimiento de los hechos que hacía imperativa su acción. La falla del servicio en tal caso

se da por omitir el cumplimiento de una obligación que nace de la Constitución o de la ley."

c.- Fuerza mayor o caso fortuito: En innumerables oportunidades han reiterado la jurisprudencia y la doctrina, que para que esta situación se configure, se requiere de la presencia simultánea de dos elementos, a saber: la imprevisibilidad y la irresistibilidad de los hechos generadores del daño. En el caso *sub-lite*, los hechos que dieron origen a la tragedia, además de previsibles eran anunciados, y ni que decir respecto a la posibilidad de resistirlos, pues es indudable para la Sala que, de haber actuado oportunamente la policía, se podría haber evitado que un incidente menor adquiriera proporciones de tumulto para cuyo control, por demás, la policía recibe entrenamiento especial.

Baste en este caso citar a la H. Corte Suprema de Justicia, cuando en sentencia del 17 de junio de 1938, expresó:

" Se alega el caso fortuito, pero éste requiere que sea completamente anormal y extraño a toda previsión, y en el accidente a que se contrae la demanda, el paso por el viaducto y el peligro consiguiente eran previsibles, eran cosas perfectamente normales".

Haciendo suyo el concepto antes citado, y adaptándolo al caso materia de esta litis, la Sala concluye que a fuerza de lo reiterados que fueron los hechos que como causa remota degeneraron en tragedia, la policía tenía la información necesaria para saber que ellos podrían ocurrir y, por consiguiente, adquirió la obligación de prever los daños que podrían sobrevenir. Estaba, en consecuencia, obligada a desplegar toda su capacidad para contrarrestar los efectos de estos.

El anterior análisis lleva a la Sala a concluir que hubo falla del servicio por parte de la Policía Nacional al omitir tomar las medidas preventivas requeridas, y que no existen causales de exoneración de tal responsabilidad, pues bien se ha visto que frente a unos hechos que exigían su actuación se abstuvo de hacerlo, no en razón de carencia de medios del servicio para hacerlo (ausencia de normas que lo facultaran para actuar), ni porque se hubiese configurado uno cualquiera de los tres supuestos antes analizados, (culpa de la víctima, acción de un tercero o fuerza mayor o caso fortuito) sino estrictamente en virtud de su inacción y negligencia.

Por lo anterior, y por no existir en el evento *sub-lite* prueba alguna tendiente a demostrar una cualquiera de las causales de exoneración de responsabilidad, que desdibujen u opaquen el vínculo causal demostrado entre el daño ocurrido y la omisión de los agentes de la policía, la Sala encuentra imperativo revocar en este aspecto la sentencia apelada, condenando por falla del servicio a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

3.2. MINISTERIO DE SALUD

No demostró la parte demandante que la "Administración de los Servicios de Salud de Vigilancia" como dice el libelo (fl. 46 C.Ppal.), hubiera incumplido las obligaciones que le impone la ley 9 de 1979 (Código Sanitario de Salud). No se probó que las salidas y entradas del Estadio Pascual Guerrero fueran insuficientes, ni que adoleciera de salidas de emergencia, y, menos aún, que el sistema de iluminación fuera deficiente, ni que las dos rampas de acceso a la tribuna sur, la noche del 17 de noviembre de 1982, carecieran de la capacidad necesaria para evacuar el gran número de aficionados que colmaban el escenario deportivo. Por todo ello, la sentencia será absolutoria en relación con este centro de imputación jurídica vinculado procesalmente al plenario.

3.3. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE. -COLDEPORTES.-

No demostró la parte demandante que la tragedia ocurrió por incumplimiento u omisión de esta entidad de derecho público, de sus obligaciones legales. COLDEPORTES es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al MINISTERIO DE EDUCACION, creado mediante Decreto Ley número 2743 de 1968 y que tiene a su cargo "...el desarrollo y la ejecución de los planes de estímulo y fomento de la educación física y el deporte, las actividades recreativas y el bienestar para la juventud correspondientes a la política general que formule el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación y según las decisiones que tome la Junta Directiva del Instituto". (art.8o.).

Además, se señalan funciones en el Art. 9o. del mismo decreto (Num.1 a 10), ninguna de las cuales hace relación a la administración y mantenimiento de escenarios deportivos, y menos aún a la organización y funcionamiento de espectáculos públicos, todo lo cual, deviene en una sentencia absolutoria en relación con las pretensiones que la demanda formula en su contra.

3.4. EL MUNICIPIO DE CALI

La parte demandante solicita se declare solidariamente responsable al Municipio de Cali, junto con los demás sujetos que conforman el extremo pasivo de la presente litis, en razón de que según sus apreciaciones el Alcalde de Cali omitió dar cumplimiento a las normas que le determinan e imponen sus funciones y las obligaciones derivadas de ellas.

Por su parte, el Municipio de Cali, fundamenta su defensa en el hecho que a juicio suyo el Alcalde solamente compromete la responsabilidad policiva del Municipio, cuando actúa en cada caso concreto, y que específicamente en el evento sub-lite no tuvo responsabilidad alguna, por cuanto a él no le fueron solicitados los servicios de policía ni tuvo relación con la Comandancia General

de la Policía, para que los agentes fueran enviados, particularmente por cuanto en la época de la tragedia no había sido aún creada la Policía Metropolitana de Santiago de Cali.

Llama poderosamente la atención de la Sala, el argumento presentado por el Procurador Judicial del demandado, el cual es enfáticamente reafirmado por los testimonios que, por solicitud suya, obran en el caso sub-lite. Con ellos se trata de comprobar que, en virtud de un factor de índole organizativa, como es el hecho de que no existiera aún policía metropolitana, no estaba dentro de la órbita propia de las funciones del Alcalde objeto y fin quizás más elemental de todos los que envuelven su gestión, al ser la cabeza suprema de la policía y el guardián por antonomasia del orden público del lugar bajo su jurisdicción; y es que a todo sistema democrático los anteriores enunciados son a tal punto connaturales con la esencia misma de la labor de los Alcaldes, que los previstos normativos que los consagran de manera expresa casi que resultan redundantes. Es el caso del artículo 184 del Código de Régimen Político y Municipal.

Ahora bien, ya ha dicho la Sala en estas consideraciones que los hechos que forman el evento *sub-lite* eran tan notorios y reiterados que pertenecían a la esfera de aquellos actos cuyo conocimiento era forzoso para las autoridades encargadas del orden público. Encuentra también probado que por mandato de la ley y por su misma naturaleza el Alcalde de Cali, bajo toda circunstancia, es la cabeza jerárquica de la Policía que obra en su Municipio. No obstante, no encuentra prueba alguna que lleve a pensar que el Municipio de Cali, por conducto de su Alcalde haya obrado de manera alguna para asegurarse que la policía actuara para evitar que hechos potencialmente peligrosos para la tranquilidad del lugar cuya guarda se le había confiado, se dieran y repitieran hasta alcanzar las lamentables consecuencias que conforman los hechos del presente proceso.

Ni de manera directa, ni por conducto del Gobernador o de la Comandancia de la Policía, se cercioró el Alcalde de que los agentes de la policía se ocuparía de asegurar el orden en un espectáculo público, que ya venía siendo alterado por actos repetidos de los particulares que en ocasiones anteriores había contravenido sus obligaciones como asistentes a estos eventos.

Y si bien, la Sala encuentra cierto que en el momento de los hechos no existía como ente autónomo la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, no por ello admite que un argumento como éste, de estricto carácter administrativo, puede sustraer el Alcalde de su calidad de ser el Jefe Supremo de la Policía. Esta le viene impuesta por supuestos normativos de carácter general y superior, que lo facultan y obligan a cumplir con su potestad policiva con independencia de la estructura organizativa que internamente tengan los diferentes órganos de policía.

Queda pues probado para la Sala que el Alcalde de Cali, con su actitud omisiva e indiferente frente a una realidad de su directa incumbencia, pretermitió cumplir con sus funciones policivas, al no hacer nada por asegurarse de que se tomarán las medidas necesarias para evitar la sucesión de los hechos atentatorios contra la paz de su Municipio, como fueron los ocurridos reiteradamente en el estadio Pascual Guerrero de Cali.

Esta corporación en casos similares al *sub-lite*, ha expresado:

"La falla del servicio se da cuando en circunstancias especiales la vida de los ciudadanos se encuentra en peligro y las autoridades no actúan para protegerlos en su integridad personal, sin necesidad de requerimiento". (Providencia de octubre 5 de 1988).

Por las razones anteriores la Sala encuentra procedente condenar solidariamente con la nación -Ministerio de Defensa -Policía Nacional al Municipio de Cali, por haber éste incurrido también en falta del servicio.

4. LOS PERJUICIOS

Solicita la apoderada judicial de la parte actora, que se indemnice por perjuicios materiales y morales a los padres del menor fallecido el día de la tragedia materia del *sub-lite*, señores Josué Hurtado Duque y Aurora Arcila de Hurtado, y por perjuicios morales a los hermanos del menor, José Miguel, Romelia y Marta Cecilia.

Siendo dos las categorías de los perjuicios solicitados, la Sala entrará a estudiarlos separadamente, así:

a.- PERJUICIOS MORALES

Por la muerte de Fulvio Hurtado Arcila, hijo y hermano de los actores, la apoderada judicial de éstos solicita indemnización del equivalente en pesos, a la fecha de la sentencia de 1.000 gramos de oro, para cada uno.

Está plenamente probado en el sub-lite que Fulvio era hijo legítimo de Josué Hurtado Duque y de Aurora Arcila de Hurtado, quienes contrajeron matrimonio católico el 10 de diciembre de 1958. (folios 21 y 18 del C. Ppal.).

Así mismo está probado que Romelia nacida el 1 de julio de 1965 (f. 22), José Miguel, nacido del 27 de octubre de 1959 (f. 23) y Marta Cecilia nacida el 12 de octubre de 1966, (f.24) eran hermanos legítimos del hoy difunto.

Con fundamento en las pruebas anteriores, procederá la Sala a decretar indemnización por el perjuicio moral de la siguiente manera:

Para cada uno de los padres, lo equivalente en el momento de la sentencia ejecutoriada, en pesos colombianos a mil (1000) gramos de oro, pues habiéndose demostrado el parentesco con su hijo, opera de pleno derecho la presunción legal según la cual entre padres e hijos el dolor se supone en su máximo grado, debiéndose por tanto indemnizar en la más alta cuantía permitida.

Es jurisprudencia reiterada de esta Sección, que para que proceda la indemnización por perjuicios morales causados a los hermanos de la víctima, no es suficiente acreditar el parentesco existente entre ellos; deben además probarse circunstancias tales como el afecto, la convivencia bajo un mismo techo o vínculos de colaboración.

En esta materia, encuentra la Sala procedente declarar condena por perjuicios morales en el equivalente a quinientos (500) gramos oro, únicamente en favor de las dos hermanas menores de la víctima, Romelia y Marta Cecilia, en razón de que siendo éstas menores de edad cuando ocurrió la muerte de su pequeño hermano, puede la Sala inferir la convivencia bajo un techo común, y consecuencialmente el dolor moral que les causó la muerte de Fulvio.

En relación con José Miguel, hermano mayor de la víctima, y quien en el momento en que le sobrevino la muerte a éste, sobrepasaba la mayoría de edad, no puede hacérsele reconocimiento de perjuicios morales, por cuanto no se acreditaron de modo alguno las circunstancias indicativas que lleven a inferir el dolor causado a él.

En este sentido se pronunció esta Sala, el 21 de febrero de 1985, exp. No. 2890, cuando expresó:

> " En relación con los hermanos mayores de edad, no hay en proceso ninguna prueba demostrativa del afecto que los unía con el finado. No se estableció que viviera bajo un mismo techo ni que se prestaran mutuo socorro y auxilio, por esta razón no se condenará al pago de los perjuicios solicitados por ellos".

b.- LOS PERJUICIOS MATERIALES

Reclama la apoderada de los demandantes perjuicios materiales, en favor de los padres del finado, en la modalidad de lucro cesante, mas los intereses compensatorios desde la fecha de su causación hasta que se efectúe el pago, actualizando la suma resultante, de acuerdo con el Indice de Precios al Consumidor.

El evento *sub-lite* trata de la muerte de un menor, al cual sus padres estaban obligados a prodigar hasta su mayoría de edad los gastos que ocasionaran su crianza, educación, sustentación y establecimiento.

La parte actora fundamenta su solicitud en el hecho de que "en el momento de su muerte (el menor) se dedicaba a trabajar y a estudiar y devengaba $6.250.00, *dinero que dedicaba al mantenimiento de sus padres* y hermanos que es gente humilde y *dependían económicamente y moralmente de su hijo*" (fl. 39 C. Ppal.).

Mas adelante afirma: "Estudiaba y trabajaba y con lo que ganaba como enmarcador en la empresa 'Vidrios Espejos' Aldemar de la Cruz, *aportaba todo lo que su familia necesitaba para subsistir* (fl.41. C.Ppal.) (Subraya la Sala).

Para dar fuerza a sus afirmaciones, la parte actora inquiere sobre esta materia a dos testigos solicitados por ella, quienes dicen: "pues debido a la precaria situación de ellos, mi suegro, doña Aurora Arcila y sus hijos el joven Julio César estudiaba en las horas de la mañana, y en las horas de la tarde se dedicaba *a laborar en una librería de un padrino*, con eso les ayudaba para el sostenimiento de su propio estudio y de los gastos de la casa" (José Ismael Rincón Bedoya, fl. 158 C.Ppal.).

> "...Era aprendiz de Marquetería, corte de vidrio y demás labores, como colocación de vidrios..." "Sí recibía un salario, trabajó conmigo más o menos desde 1980 hasta el día del accidente, más que todo laboraba en las horas de la tarde, de 2 a 5 dependiendo del trabajo que hubiera" "..con la platica que yo le daba ayudaba a su casa y con el resto compraba cuadernos y más elementos que necesitaba para su estudio..." Aldemar de la Cruz, (fs. 165, 166).

Así mismo obra en el proceso certificado laboral del menor (fl. 28 C.Ppal.) de acuerdo con lo cual el menor al morir se desempeñaba como enmarcador, devengando un salario de $6.250.00 y *su jornada laboral era de 2 a 6 p.m.* (Subrayas de la Sala).

De las pruebas aportadas al plenario, transcritas en lo esencial encuentra la Sala difícil establecer cómo: 1o. un menor de edad, que además es el miembro menor de la familia, pueda aportar todo lo que su familia necesitaba para subsistir; 2o. Ser el soporte moral y económico de sus padres y hermanos; 3o. Devengar a su edad y con una jornada menor a la media, un salario equivalente al 70% del salario mínimo total, que para esa época era de $9.261.00.

Existen además incongruencias en los testimonios respecto al sitio mismo donde el menor trabajaba, pues de acuerdo con el señor Rincón, éste lo hacía "en una librería de su padrino" en tanto que según el certificado laboral y el testimonio de que quien expide éste señor Aldemar de la Cruz, se desempeñaba como enmarcador en su empresa, así como sobre la real jornada laboral.

Así las cosas, la Sala observa que no se acreditó de forma clara que el menor fallecido, por demás, -contraviniendo la ley laboral- se viera forzado a trabajar para mantener a una familia compuesta toda por personas mayores que él y, sobre los cuales no se dice nada sobre su incapacidad o imposibilidad de laborar. No hay constancia de contrato de aprendizaje por escrito, ni el menor tenía edad aún para celebrarlo, en la época en que entró a trabajar.

Por lo expuesto, la Sala no decretará perjuicios materiales en el evento *sub-lite*.

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 :

Revóquese la sentencia proferida el 24 de noviembre de 1988, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

En su lugar SE RESUELVE:

PRIMERO: Declárase que la Nación Colombiana -Policía Nacional, y el Municipio de Cali, son administrativa y solidariamente responsables por la muerte del menor FULVIO CESAR HURTADO ARCILA, ocurrida el 17 de noviembre de 1982, como consecuencia del tumulto formado a la salida del Estadio Pascual Guerrero de la ciudad de Cali.

SEGUNDO: Como consecuencia condénase solidariamente a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa -Policía Nacional y al Municipio de Cali, a pagar a título de indemnización de perjuicios morales subjetivos, las sumas de dinero que a continuación se señalan:

A. Un mil (1000) gramos oro, para cada uno de los señores JOSUE HURTADO DUQUE y AURA ARCILA DE HURTADO, padres del menor, conforme al precio que tenga dicho metal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según certificado expedido por el Banco de la República.

B. Quinientos (500) gramos oro para cada uno de los hermanos del menor y que en la época de los hechos no alcanzaban la mayoría de edad: Romelia y Marta Cecilia Hurtado Arcila.

TERCERO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala*; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,* Con Salvamento de Voto*; Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Nota de Relatoría: A continuación del Salvamento de Voto del doctor URIBE ACOSTA, se publica el proveído del 1o. de diciembre de 1990, por el cual se accedió a la solicitud de adición de la sentencia anterior.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA - Inexistencia (Salvamento de voto)

La prestación del servicio de policía para controlar multitudes, lo considera la Sala particularmente difícil; sólo en casos en que la falta sea muy grave, ella es fuente de responsabilidad del Estado. Si la Corporación hace la valoración fáctica y jurídica, dentro del marco descrito, es porque está convencido de que la falla del servicio no se deja manejar con un criterio abstracto, pues demanda un examen preciso y concreto de las circunstancias particulares del caso. En el *sub lite*, fue la falta de educación de la masa que ocupaba la tribuna sur del estadio "Pascual Guerrero" de Cali, unida al desconcierto que el comportamiento de ella generó en otros y al pánico que suele producirse en casos como el que dio lugar a la tragedia. Ni de lo uno ni de lo otro es responsable la policía.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Bogotá, D.E., Octubre primero (1) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente Nº. 5702. Actor: Josué Hurtado Duque y Otros

Demandado : La Nación Colombiana Policía Nacional - y otros.

Con toda consideración por la decisión mayoritaria de la Sala, tomada dentro del proceso del rubro, consigno a continuación las consideraciones sustanciales que hice en la ponencia que presenté, en su momento, y que fuera rechazada. En ella, quien suscribe, discurría en torno a la falla del servicio dentro del siguiente universo:

La prueba aportada al informativo no le permite a la Sala formarse la íntima convicción de que la Nación -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - sea responsable de la Falla del Servicio que se alega en este proceso. La circunstancia de que a las graderías en que ocurrió la tragedia, asistiera un público que no sabía comportarse, que de un momento a otro hiciera sus necesidades fisiológicas, y las lanzara sin ninguna consideración a las personas que ocupaban espacios inferiores, no da pie para afirmar, que en el caso en comento, hubo un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a la administración. La Sala observa que en el sitio en que incurrieron los acontecimientos, sí había policía. El mismo Germán Ignacio LOPEZ PULIDO lo reconoce así, y su dicho es respaldado por el testimonio de Pedro Pablo DELGADO ERAZO, quien también afirma que "...se hacen como seis policías en la parte de arriba". Pero lo que si resulta imposible, por decir lo menos, es que a la fuerza pública se le exija, que en el momento mismo en que las personas incultas deciden comportarse violando todas las reglas de la buena educación, un agente del orden esté a su lado para impedirlo. Ni constitucional, ni legalmente, la autoridad está facultada para ordenar que no se venda boletería a personas que así suelen comportarse. Una decisión de tal naturaleza, sería objeto de ataques de orden legal, por coartar en forma arbitraria la libertad. Si se afirma lo anterior, es para cuestionar los testimonios que se vienen valorando, en cuanto pretenden tomar fuerza en el hecho histórico de que normalmente el comportamiento del público de la tribuna sur, era censurable.

La prestación del servicio de policía para controlar multitudes, lo considera la Sala particularmente difícil. Y esta realidad explica bien, que sólo en casos en que la falta sea muy grave, ella sea fuente de responsabilidad del Estado. En este sentido, la Corporación ha fijado tradicionalmente pautas jurisprudenciales, cuando ha dicho que la administración responde, por ejemplo, cuando la fuerza pública dispara, en recintos abiertos o cerrados, sus armas de fuego contra los ciudadanos, sin causa, motivo o razón para ello. Así, en fallo de febrero seis (6) de mil novecientos ochenta y seis (1986), expediente No. 3575; actor: Enrique Reparato ORTEGON Y OTROS.- consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta, discurrió dentro del siguiente universo:

> "...la actitud y comportamiento de los uniformados rebasó los límites constitucionales, legales y reglamentarios, por cuanto hubo exceso en los medios utilizados para contener los desórdenes. No existe prueba indicativa de que las circunstancias, por extremas que fueran, obligaran a la fuerza pública a utilizar los medios referidos. Está demostrado que los militares dispararon 370 cartuchos resultando muertas 4 personas y heridas 25, sin que pueda aceptarse por la Sala, la afirmación que el apoderado de la entidad demandada hace en su alegato final, cuando para justificar el comportamiento de los soldados dice que "...se impidieron peores desgracias".

" Este planteamiento no es de recibo porque deja la impresión de que el valor de la persona humana está sometido a un aspecto matemático, en donde para salvar muchas vidas es posible sacrificar algunas. Se olvida así que el Derecho existe sólo por causa del hombre y que éste es anterior al Derecho, lo que explica que esta ciencia sólo puede estar al servicio de él. El hombre tiene una dignidad propia que no puede estar sometida a discusión ni a evaluaciones matemáticas que destruyan la concepción ética inspirada en la filosofía cristiana.....".

Si la Corporación hace la valoración fáctica y jurídica, dentro del marco que se deja descrito, es porque está convencida de que la Falla del Servicio no se deja manejar con un criterio abstracto, pues demanda un examen preciso y concreto de las circunstancias particulares del caso. En la doctrina, es el profesor JEAN RIVERO, quien mejor estudia esta perspectiva, cuando enseña que:

"...B. Carácter concreto de la falta de servicio. El Juez, para apreciarla, no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debería esperarse del servicio, teniendo cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.

"De ello resulta que la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho según las circunstancia, ser reputado como culposo o como no culposo" (DERECHO ADMINISTRATIVO Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984, págs. 394 y 395).

En el caso que se analiza, se reitera, no hay duda de que fué la falta de educación de la masa que ocupaba la tribuna sur del Estadio Pascual Guerrero de la ciudad de Cali, unida al desconcierto que el comportamiento de ella generó en otros, y al pánico que suele producirse en casos como el presente, el que dio lugar a la tragedia. Ni de lo uno, ni de lo otro, es responsable la policía. Esta no puede ir tan lejos en la prevención y preservación del orden público, como para exigirle que responda del manejo de la existencia de cada ser humano. Las masas suelen actuar, movidas por pasiones, sentimientos, emociones, y sociológicamente está demostrado que carecen de la fuerza interior suficiente para superar sus propios temores. Ellas no tienen antídotos ni contra el pánico, ni contra el miedo, y manejan temores anormales que son emocionalmente ruinosos y psicológicamente destructivos. Esta realidad es la que lleva a Sigmund FREUD a hablar de personas que sienten miedo justificado por las serpientes en medio de la jungla africana, y de otras que neuróticamente manejan temores por las serpientes que creen ver debajo de las alfombras de la casa. Dentro de este marco, cabe preguntar: Es excusable

la conducta de las personas que salieron desordenadamente de la tribuna en una sola dirección, formando "estampida" como lo dice el declarante Pedro Pablo DELGADO ERAZO? Podía la policía, en el preciso instante en que las multitudes se desplazaban en tal desorden, impedirlo?. No lo cree así la Sala. Y dentro del informativo no hay prueba alguna, que la permita concluir en sentido contrario.

En el *sub-lite* la Sala encuentra que una masa vulgar, tuvo el denuedo de afirmar su derecho a la vulgaridad, desatando la tragedia que resultó, así, imposible de ser evitada por la fuerza pública. Por todo lo que se deja expuesto, la decisión de *a-quo* será confirmada, pues también llegó a la conclusión de que en el caso *sub-examine*, no se probó la Falla del servicio.

Con todo respecto.

JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Bogotá, D.E., Octubre primero (1) de mil novecientos noventa (1990)

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Noviembre primero (1) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente Nº. 5702 Actor : Josué Hurtado Duque y Otros.

Mediante memorial radicado ante esta Corporación el 17 de octubre de 1990, solicita la señora apoderada de la parte actora *se adicione la sentencia de septiembre 20 de 1990*, en el sentido de resolver sobre la tasación de "intereses sobre las sumas de dinero que las entidades demandadas deberían cancelar a los demandantes".

Si bien se invocan por la actora diversas disposiciones, no es claro para la Sala a que intereses se refiere su solicitud de aclaración, pues es indudable que, por el tipo de condena que se hizo en la sentencia, limitada al reconocimiento de perjuicios morales, el concepto de intereses no juega en su determinación. Por ello tales condenas se cuantifican en función del valor del gramo-oro en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Cosa bien diferente es lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 del C.C.A., según el cual las cantidades liquidadas reconocidas en las sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria, y moratorios después de ese término, pues ello es un mandato legal cuya aplicabilidad no depende de que se reconozca o no en la sentencia. En otras palabras, tales intereses deberán ser reconocidos y pagados por la entidad o entidades condenadas aún a pesar de que la sentencia no lo disponga específicamente, como ocurre en el evento *sub-judice*.

Así, sin necesidad de aclaración, los montos específicos reconocidos, liquidados al valor del gramo-oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia, devengarán intereses a cargo de las entidades condenadas en los términos del artículo 177 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

No se accede a la aclaración solicitada.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Se deja constancia que la providencia anterior fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 1o. de noviembre de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala*; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Actualización. **PERJUICIOS MATERIALES. PERJUICIOS MORALES**

La ley obliga a la reparación o al restablecimiento, los cuales implican volver a la situación anterior, cuando ello fuere posible. Y tal retorno debe procurarse tanto en lo material como en lo moral, pues uno y otro aspecto se afectan por el daño. La actualización está implícita en la reparación o el restablecimiento ya que, de no ser así, no se estarían reconociendo realmente dicha reparación o restablecimiento, sino apenas una suma de dinero que podría compensar parcialmente el perjuicio sufrido, pero que no cumpliría la función restauradora mencionada. En el caso de perjuicios morales por su carácter de compensación frente a una aflicción subjetiva, no existen criterios de orden legal de obligatorio cumplimiento, como sí los hay en el perjuicio material comprobado, y por ello su fijación debe hacerse dentro de los parámetros de razonabilidad ajustados a las pautas trazadas por la jurisprudencia, las cuales no son más que indicaciones no obligatorias cuya aplicabilidad podrá apreciar libremente el juez en cada caso. Y por ello su desconocimiento no puede implicar violaciones a normas superiores de derecho, sino apenas el alejamiento de parámetros de comportamiento de valoración subjetiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E.,Veinte (20) de Septiembre mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla*

Referencia: Expediente Nº. 4764 (81) Actor : Rafael Serpa Campo y Otros.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte actora contra el fallo de única instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, fechado el 14 de mayo de 1985, mediante el cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y se denegaron otras.

EL FALLO RECURRIDO

La sentencia objeto de impugnación declaró a la nación colombiana (Policía Nacional) administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales causados con la muerte violenta de ORLANDO JOSE SERPA PALENCIA, a manos del agente de la policía MARIANO TOVAR HERNANDEZ, en hechos ocurridos el 23 de agosto de 1981, en el municipio de Buenavista, Departamento de Sucre. Como consecuencia de la anterior declaración condenó a la nación demandada a pagar, a cada uno de los progenitores del occiso, por concepto de compensación moral el valor de quinientos (500) gramos oro el precio que tuvieren al tiempo de la sentencia, y por concepto de perjuicios materiales, en abstracto, los que se demostraren por el trámite del artículo 308 del C. de P.C. siguiendo las bases dadas en la motivación de la providencia cuestionada. Respecto de los demandantes SALVADOR, JORGE LUIS, RAFAEL PATRICIO, MARIA TERESA y REGINA SERPA PALENCIA, hermanos del occiso, el tribunal denegó las súplicas relativas al resarcimiento moral. Denegó también la condenación al pago de "gastos y costas del proceso e intereses corrientes, aumentados con la variación promedio mensual del índice Nacional de Precios al Consumidor".

El tribunal encontró probados los siguientes supuestos fácticos:

> " Tal como lo afirman los testimonios de Hernando Hernández Navarro (folio 92); Silvio Cohen Aguilera (folio 94); Orlando Cerro Arrieta (folio 97); Guillermo Cerro Santis (folio 100) y Cándido Guzmán (folio 102), el occiso vivía con sus padres y hermanos y es verosímil dado su condición de soltero, circunstancia demostrativa de la ayuda económica que le debía proporcionar a sus padres exclusivamente, ya que para los hermanos no aparece ninguna prueba de que al mismo tiempo dependieran del aporte económico del familiar sacrificado, como lo solicita el señor apoderado". (fl. 267 C. Ppal.).

El fallador de instancia accedió a ordenar el pago de perjuicios morales, porque su *existencia* la dedujo de la presunción de que "estos surgen del solo parentesco, para sus padres"; pero el tribunal no expresó ninguna razón para la tasación de su *cuantía*. En relación con los perjuicios morales pedidos por los hermanos ninguna explicación dio para denegarlos.

En cuanto a los perjuicios materiales, reconoció los causados hasta el día de presentación de la demanda, sin explicar la razón de esta limitación, y para su liquidación sentó las siguientes bases:

> " Sobre los perjuicios materiales, se aceptan como anteriormente se dijo, un ingreso mensual de $12.000.oo, de los cuales, quedarán como protección económica para sus padres $9.000.00, es decir, $4.500.00 para cada uno, por cuanto los $3.000.00 restantes, quedarán como gastos de supervivencia, que se contabilizarán desde el 23 de agosto de 1981, fecha del insuceso, hasta el 9 de junio de 1983, en que se presentó la demanda.
>
> " En relación con las otras peticiones del libelo, se negarán por inexistencias probatorias." (fl. 267 C.Ppal.).

LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA CUESTIONADA

El apoderado de la parte actora formuló cinco cargos contra el fallo recurrido (fs. 3 a 26 C.1).

PRIMER CARGO

Busca el quebrantamiento de la decisión que limitó el reconocimiento de los perjuicios materiales, para que al proveerse como tribunal de instancia se acceda a "condenar a la Nación a pagar a RAFAEL SERPA CAMPO y a MARIA PALENCIA DE SERPA, en pesos de valor constante, en relación con la variación porcentual del Indice de Precios al Consumidor de Ingresos Bajos del País, los daños y perjuicios materiales, el lucro cesante, que les causó la muerte de su hijo y protector, Orlando José Serpa Palencia, desde el 23 de agosto de 1981 hasta el año 2004, para aquel, y, hasta el año 2006, para ésta, en forma abstracta o para su regulación por medio del incidente del artículo 308 del C. de P. Civil". (fl. 11 C.1).

Para ese propósito denunció el desconocimiento de lo preceptuado en los "artículos 2, 16, 20 y 51 de la Constitución Nacional; 6o. del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles de las Naciones Unidas, recibido en el ordenamiento jurídico patrio por medio de la ley 74 de 1968; 86 del C.C. Administrativo; 1613 y 1614 del C. Civil, especialmente, y, de sus otros 1615, 1617, 1626, 1627 y 1649,..." (fs. 6 y 7 C.1). De aquellos predicó aplicación indebida y de los últimos cinco artículos falta la aplicación. En lo pertinente, discurrió así el planteamiento.

> " El fallo, en única instancia, de este asunto nacional, por parte del Tribunal Administrativo del departamento de Sucre, admite que Orlando José Serpa Palencia venía ayudando a sus padres con $9.000.00, mensuales, $4.500.00, para la mamá, y $ 4.500.00, para el padre.

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

Pero no se sabe por qué razón, ya que en el punto la sentencia carece de motivación, no condenó a la Nación a indemnizarlos sino desde la fecha del infortunio hasta la de la presentación de la demanda, 21 meses después y para hacer esta sencilla multiplicación $4.500.oo X 21 = 94.500.00, dispuso el dispendioso incidente (sic) de regulación de la condena genérica.

" E igualmente le dio aplicación a los artículos 2o., 16, 20 y 51 de la Constitución Nacional; 6o. del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales de las Naciones Unidas; 86 del C.C. Administrativo y 1613 y 1614 del C. Civil. Pero, como contrariamente a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos del país y a la jurisprudencia y doctrina universales, por primera vez en el mundo, limitó, sin ningún fundamento, la indemnización, el lucro cesante, al lapso comprendido entre la muerte del protector y la fecha de la presentación de la demanda, restringió el alcance de la obligación indemnizatoria y con ello el ámbito de aplicación de los citados artículos 1613 y 1614 del C. Civil, recorte en que consiste, precisamente, una de las modalidades de aplicación indebida de la ley. Y la aplicación indebida de estas disposiciones implica, necesariamente, la de los artículos 2, 16, 20 y 51 de la Constitución, 6o. del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales de las naciones Unidas y 86 del C.C. Administrativo que conforman, con ellas, una proposición jurídica conexa a inescindible.

"Pero las violaciones de la Constitución y de la ley no pararon allí sino que fueron más allá. A la violación por falta de aplicación de los artículos 1615, 1617 (7171-718), 1626, 1627 y 1649 del Código Civil, ya que el pago ordenado en la sentencia lo fue sin intereses y sin corrección monetaria cuando las citadas disposiciones mandan que él debe ser completo, es decir, con los frutos del capital representativo de la indemnización, que se debe desde el momento de la contravención, de la muerte del protector, y, desde luego, en pesos de valor constante en relación con la inflación porque paga menos de lo que debe quien lo hace en pesos de menor valor que los de la fecha de la exigibilidad sustancial de la obligación y se enriquece, injustamente, a expensas del acreedor". (fs. 8 a 10 C.1).

LA REPLICA DEL PRIMER CARGO

La apoderada constituída por la Policía Nacional solicitó que se resuelva el recurso extraordinario declarando la improsperidad del cargo porque el impugnante se equivocó cuando calificó de aplicación indebida lo que es interpretación errónea y que "a pesar de que el artículo 197 del C.C.A., no obliga al recurrente a calificar la forma de la violación directa, cuando éste lo hace, debe la Sala ceñirse al mismo, motivo de mas para que ésta parte del cargo sea desestimado". (fl. 71 C.1).

También argumentó, sobre la violación de los artículos 1615, 1617, 1626, 1627 y 1649 del Código Civil, que si el tribunal concedió el pago, total o parcial, de los perjuicios, la violación no pudo ser por falta de aplicación sino por interpretación errónea. Y agregó: "La Policía Nacional considera que este cargo había eventualmente prosperado, pero formulado por violación directa de los artículos 172 y 178 del C.C.A." (fl. 71 C.1).

Apoyó sus razonamientos en citas jurisprudenciales de providencias de esta Sección: sentencia de julio 25 de 1986, expediente 4803, actor: EUSTELLY DE RAMIREZ BRAND y auto de abril 18 de 1986, expediente 4808, actor: EDUARDO SANCHEZ CAMARGO; además del fallo de Sala Plena de 14 de mayo de 1985, expediente 010, actor: LINO INFANTE.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Segunda de esta Corporación conceptuó que no puede anularse la sentencia recurrida porque las normas que se mencionan como violadas no establecen la manera como el juez debe "señalar los perjuicios". La sentencia acusada -dice la fiscalía- "lo que realmente quebranta es lo resuelto en otras sentencias o sea la jurisprudencia del momento sobre la señalización de perjuicios materiales y morales" (f. 87 C.1). A esta conclusión llegó la agente del ministerio público previas las siguientes reflexiones:

> " En materia de responsabilidad extracontractual por falla del servicio, el aporte de la jurisprudencia ha sido de gran importancia. En las diferentes decisiones los jueces han ido señalando a través del tiempo, los diferentes parámetros que deben ser considerados para analizar la teoría de la llamada falla del servicio. De igual manera ha sido creación de la jurisprudencia los diferentes elementos y factores que han de tenerse en cuenta para señalar las indemnizaciones que tiendan a cubrir el daño producido. A través de diferentes fallos se han ido señalando los factores que deben considerarse para establecer la tasación de los perjuicios materiales, factores que pueden obviamente variar de un caso a otro y que según el fallador y la época han variado también. A falta de norma expresa que señale la manera de señalar esos perjuicios materiales, lo que sería realmente difícil de concebir, pues cada caso en la práctica resulta diferente a otro, el fallador teniendo como guía las normas del derecho civil y a veces del derecho comercial, ha ido creando su propio esquema para señalar las pautas en materia de tasación de los perjuicios materiales. Sin olvidarnos, que en cada caso habrá de decidir teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda y las pruebas allegadas al proceso". (f. 87 C.1).

EXAMEN DEL PRIMER CARGO.

A) La Sala expresa, en primer término, que la regulación legal de los recursos extraordinarios de anulación y de casación no es idéntica. Los requerimientos jurisprudenciales de los dos recursos también son diferentes. La interpretación de esta Corporación suele ser más amplia que la de la Corte, por ejemplo, en el sentido de que aquí no se exige la proposición jurídica completa, porque la ley no la ha establecido, al paso que para la casación ese requisito ha sido señalado por la jurisprudencia de la Corte, con bastante frecuencia, como necesaria para la prosperidad de la acusación.

Respecto del error en que pueda incurrir el impugnante cuando dice que hay aplicación indebida de una norma cuando se interpreta erróneamente y se le hace producir un efecto no querido por el legislador, o que existe falta de aplicación y no interpretación errónea cuando sus efectos se reconocen en parte y en otra parte no se dejan actuar, son cuestiones que esta Sala califica como deficiencias técnicas en que no debe incurrir un buen jurista, pero que no alcanzan a hacer nugatorio el recurso si, por otra parte, *el desarrollo del cargo demuestra* que el fallo impugnado contiene la "violación directa de la Constitución Nacional Política o de la Ley sustantiva" invocadas por el recurrente. O sea que el fondo de la impugnación extraordinaria se percibe en la confrontación del precepto constitucional o legal señalado por la acusación y la decisión del fallador, hecha dentro del marco dialéctico propuesto por el recurrente. Si esta califica mal, o simplemente no denomina de ningún modo esa confrontación, el *poder demostrativo* intrínseco de su argumentación no resulta afectado y el fallador debe proveer en armonía con las razones de fondo invocadas.

B) El fallo recurrido dijo que accedía a reconocer los perjuicios materiales causados pero "hasta el 9 de junio de 1983, en (sic) que se presentó la demanda", sin explicar el por qué de esa limitación, justificación necesaria ante el hecho de que los padres lo habían reclamado sin limitación en el tiempo y habían explicado que los pretendían por "la pérdida de la ayuda económica que venía dispensándoles el hijo muerto" (fl. 17 C. Ppal.), la cual conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, alcanza hasta la supervivencia probable de cada progenitor que ordinariamente es menor que la del hijo premuerto.

Igualmente se solicitó en la demanda que el pago de los perjuicios se hiciera "con pesos de valor constante en relación con la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor" (f. 14 C. Ppal.), como también lo ha decidido esta Sala en múltiples oportunidades.

Ahora bien. Las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes (art. 16 C. Nal.) y si una falla del servicio causa un daño a alguien (art. 2343 C.C.), la

administración debe la indemnización plena respectiva. Por lo tanto, resultan quebrantados los preceptos que regulan estas consecuencias jurídicas si no se reconocen íntegramente. Con mayor razón cuando el derecho positivo ha consagrado que el pago, para que tenga poder liberatorio pleno, debe hacerse, bajo todos los respectos, de conformidad con la prestación debida (arts. 1626 y 1627 C.C.). Esto obliga no sólo a pagar el total de los perjuicios causados a consecuencia inmediata de la muerte, sino de los que se derivan del hecho notorio de la depreciación del signo monetario.

Al respecto dijo la Corte:

" 1. El pago para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse el de que se debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inciso segundo del artículo 1626 del C.C. que el `pago efectivo es la prestación de lo que se debe y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inciso segundo del artículo 1646 *ibídem* cuando dispone que 'El pago total de la deuda el de los intereses e *indemnizaciones que se deban*. (Subraya de la Corte).

" 2. Partiendo del postulado legal de que el pago para que extinga debe ser completo, no se da tal fenómeno, especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando éstas pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago". (Sent. marzo 30/84, Ponente Dr. Ospina Botero).

Y es que en el caso particular de la responsabilidad extracontractual del estado, los principios anteriores son aplicables, aún cuando con variantes propias de la responsabilidad estatal, fundamentada en principios diferentes, originados, como antes se dijo, en la necesidad de que el Estado cumpla con las responsabilidades sociales que le han sido asignadas.

El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 2, 16, 20, 51 y 163 de la Constitución Nacional estableció la denominada "acción de reparación directa y cumplimiento" que, para el caso en comento de la responsabilidad estatal, procura la reparación del daño y el restablecimiento del derecho conculcado en aquellos eventos en que personas

jurídicas o naturales se hubiesen visto afectadas por un hecho, una omisión, una administración o acto administrativo. Así, el alcance de la acción, en lo que a responsabilidad extracontractual se refiere, ésta dado por la necesidad de reparar el daño causado o de restablecer el derecho afectado por la actuación u omisión de la administración.

En consecuencia, cuando el juez administrativo encuentra que se han dado los supuestos de hecho y de derecho para condenar a quien quiera que fuese el responsable, su obligación es la de reparar y restablecer al afectado. Reparación y restablecimiento que conllevan un contenido jurídico que obliga al juez, y que limita parcialmente la libertad de apreciación que éste posee para determinar la forma de reparar o restablecer. En efecto, reparar implica componer, enmendar, corregir o remediar, y restablecer no es mas que volver a "establecer una cosa o ponerla en el estado que antes tenía". Ambas expresiones prácticamente sinónimas en cuanto a su alcance, implican que la reparación del daño o el restablecimiento del derecho lo que pretenden es retornar las cosas a la situación en que ellas se encontraban antes del acto, hecho, operación u omisión que las afectó. Buscan, en últimas, proteger un status quo jurídico determinado y previamente existente, junto con los derechos, privilegios, prerrogativas u obligaciones que el mismo conllevaba; pero buscan, además, a través de una ficción, compensar a los afectados, en aquellos eventos en que el status es irrecuperable, con algo equivalente que componga, enmiende, corrija o remedie la situación.

De ahí el desarrollo jurisprudencial de los conceptos de perjuicio moral y perjuicio material que la jurisdicción contencioso administrativa ha venido consagrando, pues ellos son consecuencia necesaria del daño, una vez éste se reconoce en el proceso por responsabilidad extracontractual. En efecto, el acto, hecho, operación u omisión administrativa por el cual se demanda, una vez comprobado y establecida la relación de causalidad, supone necesariamente la existencia de un daño que se origina por el simple rompimiento del status quo. Tal daño puede ser la muerte o lesión de una persona, la destrucción o pérdida de una cosa o la interrupción de una actividad lícita, todo lo cual supone necesariamente un perjuicio que se causa por el solo hecho de su rompimiento. Al fin y al *cabo, si el acto, hecho u omisión ha implicado la* interrupción del *status quo* lícito, ello de por si, conlleva la afectación del derecho a la vida, o al pacífico disfrute de los bienes, o a la privacidad , etc.

En tales condiciones, la ley obliga a la reparación o al restablecimiento, los cuales implican volver a la situación anterior, cuando ello fuere posible. Y tal retorno debe procurarse tanto en lo material como en lo moral, pues uno y otro aspecto se afectan por el daño. La labor del juez, en consecuencia, una vez se ha determinado una falla, un daño, y una relación de causalidad, es restablecer de nuevo la situación del afectado al estado que antes tenía, tanto en lo moral como en lo material; de ahí que su obligación real no sea

tanto fijar con plena libertad el monto de los perjuicios, cuanto estimar aquellos que objetivamente constituyen una reparación o un restablecimiento.

En cuanto a perjuicios materiales se refiere, la labor anterior es relativamente fácil, ya que, comprobado el status quo a restablecer, es decir, el valor del bien perdido, lesionado o destruido, así como lo que tal bien generaba, el restablecimiento lo que requiere es realizar las operaciones matemáticas necesarias para determinar su valor presente. Pues el restablecimiento implica necesariamente que las cosas se retornen a lo que hoy (a la ejecutoria de la sentencia) serían si no se hubiese presentado el daño, determinado dicho monto en función de la necesaria equivalencia entre lo perdido ayer y lo recuperado hoy. Por ello, la actualización está implícita en la reparación o el restablecimiento ya que, de no ser así, no se estarían reconociendo realmente dichas reparación o restablecimiento, sino apenas una suma de dinero que podría compensar parcialmente el perjuicio sufrido, pero que no cumpliría la función restauradora mencionada.

Ahora bien puede el juez en una acción de reparación desconocer lo anterior, o aplicar parámetros de restablecimiento diferentes a los que conlleven la recuperación de este *status quo* anterior al daño al que nos hemos venido refiriendo? En opinión de la Sala no, pues la fijación de perjuicios materiales no es caprichosa o arbitraria, sino tiene como propósito el restablecimiento de la situación afectada. Ello solamente se logra a través de lo descrito anteriormente, es decir, mediante la recuperación, con valores presentes, de lo perdido con ocasión del daño. Por consiguiente, solamente en la medida en que el juez, a través de la apreciación de las pruebas y de los argumentos de las partes en conflicto, logre determinar que existían razones sólidas para presumir que no se habría mantenido el status quo afectado, podría decretar perjuicios materiales diferentes a aquellos que impliquen el restablecimiento completo del derecho perdido o afectado. Cualquier decisión en contrario contradeciría los artículos 86 del Código Contencioso Administrativo, así como los artículos 2, 16, 20, 51 y 163 de la Constitución Nacional.

Empero, en el caso de perjuicios morales la situación no es tan clara ya que, como bien lo ha dicho la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, ellos pretenden compensar el dolor y la aflicción que sufren los afectados por un acto, hecho u omisión de la administración. Se trata, en consecuencia, de reparar objetivamente algo que por su propia naturaleza es subjetivo y no mesurable en los términos concretos en que lo es perjuicio material. El juez nunca podrá tener la certeza sobre el mayor o menor grado de dolor de la parte afectada, pero si puede presumir que el mismo se da en determinadas relaciones humanas. Así, en el caso de padres e hijos, la jurisprudencia ha sido clara en suponer que la muerte, o cierto tipo de lesiones, originan el dolor máximo, mientras que en el caso de hermanos, tal situación se da en la medida en que se comprueben ciertas circunstancias. Pero, contrario a lo que ocurre en el caso del perjuicio material, el perjuicio moral no busca un

restablecimiento sino una compensación, ya que dicho restablecimiento por lo general es imposible. De ahí la ficción que implica el perjuicio moral, por cuanto se trata de compensar materialmente el intangible, subjetivo, del dolor o la aflicción causados, el cual no puede ser comprobado objetivamente por el juez, ni puede ser medido con exactitud con lo que puede ser el perjuicio material. Por ello, en este evento, no hay, ni puede haber un elemento claro, objetivo, concreto y mesurable que obligue al juez, sino apenas unos parámetros, desarrollados jurisprudencialmente, en función de los cuales se determina la compensación moral a que un afectado puede tener derecho. Precisamente por su carácter de compensación frente a una aflicción subjetiva, no existen criterios de orden legal de obligatorio cumplimiento, como si los hay en el perjuicio material comprobado, y por ello su fijación debe hacerse dentro de los parámetros de razonabilidad ajustados a las pautas trazadas por la jurisprudencia, las cuales no son mas que indicaciones no obligatorias cuya aplicabilidad podrá apreciar libremente el juez en cada caso. Y por ello su desconocimiento no puede implicar violaciones a normas superiores de derecho, sino apenas el alejamiento de parámetros de comportamiento de valoración subjetiva.

En consecuencia, prosperará este cargo de la demanda y, en el fallo de reemplazo se proveerá, en consonancia con lo probado, en la forma que corresponda para procurar el resarcimiento completo de los perjuicios materiales demandados.

SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO CARGOS

Estas acusaciones, planteadas todas ellas en forma diversa, y por demás bastante hábil, buscan la anulación extraordinaria de la decisión de no reconocer a los hermanos del occiso los perjuicios morales demandados, así como la de reconocer a cada uno de los padres de éste solamente el valor de quinientos (500) gramos oro y no los mil (1000) pedidos en la demanda. Todos los cargos, con pequeñas diferencias, se basan en la supuesta violación de los artículos 2, 16, 10, 51 y 163 de la Constitución Nacional; 6o. del Pacto Internacional de Derechos Político y Sociales de las Naciones Unidas, incorporado en nuestra Legislación por la Ley 74 de 1968; 86 del Código Contencioso Administrativo; 106 del Código Penal y 8o de la ley 153 de 1987.

En términos generales, todos estos cargos se apoyan en la argumentación de que la fijación de perjuicios morales en el caso sub-judice fue arbitraria, no fue motivada, y contradijo constante y reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Al respecto la Sala observa que, si bien no son claros los motivos que llevaron al Tribunal a condenar al pago de perjuicios morales en la forma en que lo hizo, y que ellos no se ajustan a las pautas jurisprudenciales trazadas

por esta Corporación a lo largo de varios años, no por ello es procedente la anulación pues no se ve el quebrantamiento de la ley o de la Constitución en tal actitud. En efecto, la Sala se remite al análisis hecho en el Primer Cargo sobre la estimación de los perjuicios morales, y sobre la diferencia que los mismos tiene frente a los perjuicios materiales. Frente a estos últimos, el artículo 86 del C.C.A., en consonancia con el 178, da un claro marco legal de referencia que permite su cuantificación con parámetros concretos y objetivos, de los cuales no debe alejarse el juez, so pena de infringir los preceptos mencionados, a menos que obren en los expedientes pruebas claras en sentido contrario; en el caso de los perjuicios morales, su naturaleza de compensación y su carácter eminentemente subjetivo han impedido el desarrollo de parámetros objetivos o legales para su aplicación. Ellos se han construido por la jurisprudencia y tienen carácter de indicativos, mas no son de obligatorio cumplimiento para el juez, en la medida en que éste podrá apreciar en cada caso, y según las circunstancias, el grado de aflicción o dolor que puede y debe ser compensado.

Tan cierto es lo anterior, que el artículo 106 del C.P., al hablar de perjuicios morales, explica como el juez podrá valorar "prudencialmente" la indemnización, teniendo en cuenta "las probabilidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido", todo lo cual nos remite nuevamente al campo de artbitrium iudicis, es decir, a la libertad que tiene el juez de apreciar en cada caso, y según las circunstancias, lo que sea prudente o razonable reconocer.

Y en el *sub-lite*, a diferencia de lo afirmado por el recurrente, encuentra la Sala que no se puede afirmar que hubo inexistencia de argumentación jurídica en lo que a la condena de los perjuicios morales respecta, pues si bien dicha argumentación fue precaria, existió, ya que para ello tuvo en cuenta el *a-quo* la relación de parentesco, como se observa a folio 267 C.1.

En razón a lo dicho, y por no encontrarse violación alguna de las normas invocadas por el recurrente, no prosperan los cargos Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto del recurso, ni habrá lugar a la anulación.

DEL FALLO DE INSTANCIA

A. Como la sentencia de reemplazo, en los aspectos anulados, es consecuencia del recurso extraordinario propuesto por los padres y hermanos del occiso, con excepción de JORGE LUIS y de REGINA SERPA PALENCIA, quienes no otorgaron poder para este efecto, la decisión que ahora se toma se referirá exclusivamente al numeral SEGUNDO de la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Sucre con fecha 14 de Mayo de 1985.

B. En cuanto a los perjuicios materiales reconocidos a los padres del señor ORLANDO JOSE SERPA PALENCIA, se observa que las bases económicas sentadas por el Tribunal no fueron controvertidas, salvo lo relativo a la extensión temporal del reconocimiento, cuya limitación, como ya se vio, no tiene fundamento alguno, por lo que se reconocerán sin referencia a la fecha de presentación de la demanda, para lo cual se seguirán las siguientes pautas:

1. Para los efectos de la presente liquidación, se tomará la suma de $12.000.oo (doce mil pesos) mensuales, que fue lo que se acreditó y reconoció, devengaba el hoy occiso ORLANDO JOSE SERPA PALENCIA.

2. De la anterior suma, se deducirá un 25% que se presume el finado utilizaba en su propia manutención. El 75% restante se dividirá en dos partes: una para RAFAEL SERPA CAMPO, y la otra para MARIA PALENCIA DE SERPA.

3. Se actualizará la condena, con la fórmula aceptada por la jurisprudencia de la Corporación, tomando como base los Indices de Precios al Consumidor certificados por el DANE en el período comprendido entre el 23 de agosto de 1981 -día de la muerte-, y la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Para este efecto la indemnización ser hará así.

$$Ra = R \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

donde,

Ra = Valor que se busca,

R = Valor histórico que se actualiza,

IF = Indice final e,

Ii = Indice inicial.

En este caso:

$$Ra = R \frac{\text{INDICE FECHA DE ESTE FALLO}}{\text{INDICE AGOSTO DE 1981}}$$

4. La indemnización comprenderá dos períodos, uno *vencido o consolidado*, que se cuenta desde el día de la muerte -23 de agosto de 1981- hasta la fecha de esta sentencia, con la aplicación de la siguiente fórmula:

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

donde,

S = suma o indemnización que se busca,

Ra = Renta mensual actualizada (según fórmula indicada en el numeral tercero,

i = interés puro o técnico del 6% anual ó 0.4867. Como se trabajaba con uno y no con cien, en la fórmula este interés se representa como 0.004867 y,

n = mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

El segundo período, o sea el *futuro o anticipado* se cuenta desde el día siguiente al de ejecutoria de este fallo, hasta el término de vida probable de los señores RAFAEL SERPA CAMPO y MARIA PALENCIA DE SERPA, teniendo en cuenta que aquel nació el 24 de octubre de 1924 (fl. 2 C.1), y esta el 28 de agosto de 1925 (fl. 31 C.1), y que el hoy difunto SERPA PALENCIA nació el 4 de julio de 1961 (fl. 10 C.1). Para determinar la expectativa de vida, se utilizarán las tablas Colombianas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria. La liquidación se hará con la siguiente fórmula:

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

donde,

S = Valor indemnización,

Ra = Renta actualizada (según fórmula enlistada en el numeral 3),

i = Interés del 6% anual ó 0.4867 mensual. Como se trabaja con uno y no con cien, en la fórmula este interés se representa como 0.004867, cuando se liquida con meses. Si la liquidación se hace con años, el interés es del 0.06 y,

n = número de meses o años que se liquidan (de vida probable).

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: Anúlase parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre de 14 de mayo de 1985 en cuanto limitó el resarcimiento de los perjuicios materiales a favor de RAFAEL SERPA CAMPO y MARIA PALENCIA DE SERPA a los causados hasta la fecha de presentación de la demanda, y en cuanto no ordenó la actualización de los mismos.

SEGUNDO: En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana - Policía Nacional, a pagar en concreto a RAFAEL SERPA CAMPO y a MARIA PALENCIA DE SERPA, identificados con cédulas de ciudadanía número 966.646 y 23.134.440 de San Pedro, por concepto de perjuicios materiales, el valor que resulte de la aplicación de las fórmulas anteriores para lo cual se acompañarán los Indices de Precios al Consumidor certificados por el DANE y las Tablas Colombianas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria. Basta acompañar los anteriores documentos a la cuenta de cobro y hacer las operaciones correspondientes.

TERCERO: En lo demás, no se anula el fallo recurrido.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Daniel Suárez Hernández,* Conjuez;

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADUCIDAD DEL CONTRATO. CLAUSULA DE CADUCIDAD

La declaratoria de caducidad de un contrato administrativo sólo deberá declararse antes de su vencimiento. Si bien es cierto que en el campo contractual no existe una normatividad como la que opera en la esfera de los actos administrativos en la que la administración perderá la competencia para revocar sus actos cuando la jurisdicción admita la demanda contra éstos (artículo 71 del C.C.A.), la aplicación de un principio similar en aquel campo no puede ser exótica cuando esa conducta revele fines retaliatorios que puedan configurar una desviación de poder. Puede pensarse que si ya la administración estaba demandada (incumplimiento del contrato) debió abstenerse de hacer el pronunciamiento que hizo (declaratoria de caducidad), porque precisamente el asunto ya se había llevado al conocimiento de los jueces a instancias de la parte que podía hacerlo por carecer de poderes exorbitantes.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-Improcedencia/**GOBERNADOR**-Responsabilidad

Para la Sala no le asiste la razón a la parte actora. La actuación del Gobernador no pudo comprometer a la Empresa, porque él actuó en carácter de tal o sea como jefe de la administración seccional y autoridad policiva y no como miembro de la Junta Directiva de la Empresa. Carácter este último que tampoco le daba poder para actuar en forma omnímoda y con prescindencia de los demás miembros de aquélla. De allí que pueda afirmarse que si la conducta del señor Gobernador no estuvo ajustada a la ley, comprometió la responsabilidad del Departamento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº. 5164 (Acumulado 5816) Actor : César Gómez Murillo

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias del 16 de Junio de 1.987 y 21 de abril de 1.989, dictadas por el tribunal administrativo del Chocó, en su orden, dentro de los procesos #s. 5164 y 5816, mediante las cuales se dispuso:

1) Sentencia de 16 de junio de 1.987:

" ARTICULO PRIMERO: - La Empresa de Licores del Chocó, es responsable por el incumplimiento del contrato de Distribución Exclusiva de Licores en la Provincia de San Juan, celebrado con el señor CESAR GOMEZ MURILLO, firmado el día 12 de Julio de 1.985,

" ARTICULO SEGUNDO: -En consecuencia de lo anterior, se CONDENA a la EMPRESA DE LICORES DEL CHOCO a pagar al señor CESAR GOMEZ MURILLO los perjuicios económicos a él ocasionados estimados en NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ Y SIETE MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE ($90´417.600.00), más los intereses respectivos.

" ARTICULO TERCERO: CONDENASE a la EMPRESA DE LICORES DEL CHOCO a pagar al demandante señor CESAR GOMEZ TRUJILLO, la cláusula penal, contenida en las cláusulas vigésima tercera y vigésima cuarta del contrato, de acuerdo a la regulación que de ellas hagan los peritos.

" ARTICULO CUARTO: - La entidad demandada, dará cumplimiento a la presente sentencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 176 del C.C.A."

2) Sentencia de 21 de abril de 1.989

" ARTICULO PRIMERO: Declarar NULA la resolución número 719 del 27 de mayo de 1.986, expedida por el gerente de la Empresa de Licores del Chocó, por medio de la cual se declaró la caducidad del

contrato celebrado entre dicha Entidad y el señor CESAR GOMEZ MURILLO, el 12 de julio de 1.985.

" ARTICULO SEGUNDO: Declarar la NULIDAD de la Resolución número 720 del 27 de Mayo de 1.986, expedida por el Gerente de la Empresa de Licores del Chocó, por medio de la cual se impuso una multa del 5% y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria del 10% del valor del contrato respectivamente, al señor CESAR GOMEZ MURILLO.

" ARTICULO TERCERO: Igualmente declarar la NULIDAD de la resolución No. 1107 Bis del 27 de Agosto de 1.986, expedida por el Gerente de la Empresa de Licores del Chocó, por medio de la cual se resolvió no reponer y confirmar en todas sus partes, las resoluciones 719 y 720 de mayo de 1.986.

" ARTICULO CUARTO: CONDENAR a la EMPRESA DE LICORES DEL CHOCO, a pagar al señor CESAR GOMEZ MURILLO, los perjuicios morales, avaluados en un mil (1.000) gramos oro, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

" ARTICULO QUINTO. - La entidad condenada, dará cumplimiento a la presente sentencia, conforme lo ordena el artículo 176 del C.C.A."

Durante al segunda instancia se produjo la acumulación de los citados procesos, mediante auto de noviembre 30 de 1.989 (a folio 496, expediente #5164). En dicho auto se dio como razón fundamental para la acumulación, la siguiente:

"1) Las pretensiones se hubieran podido acumular en la misma demanda ya que en el 5164 se está solicitando la declaratoria de incumplimiento por parte de la contratante del convenio de distribución exclusiva celebrado entre el actor y la Empresa de Licores del Chocó y en el 5816 se pide la nulidad de los actos que declararon la caducidad administrativa, y multaron al contratista, por el mismo contrato."

En la demanda correspondiente al proceso 5164, se narraron en síntesis los siguientes hechos:

a) Que el 12 de julio de 1.985 se celebró el contrato de distribución exclusiva de licores para la provincia del San Juan, entre la Empresa de Licores del Chocó y el Doctor César Gómez Murillo, por una suma de $90´417.600.00 y con una duración de un año.

b) Que durante la ejecución del contrato, la entidad demandada lo incumplió, por cuanto no le garantizó la distribución exclusiva de la zona, al permitir que otras personas libremente pudieran expender el mismo licor.

c) Que ese control inicialmente se ejerció a través de los retenes y los resguardos acantonados en la vía que conduce de Quibdó a Istmina (cláusula décima tercera).

d) Que ante la presión de los comerciantes del San Juan, el señor gobernador del Departamento Doctor Oscar Serna A. como presidente de la Junta de la Empresa de Licores ordenó levantar tanto el control que ejercieron tales retenes como la orden para expender licores a personas distintas al distribuidor.

e) Que el día 12 de diciembre de 1.985 se presentó a la -Empresa a adquirir el licor que según el cupo le correspondía (700 cajas) y le fué negada su venta por no tener existencia en las bodegas.

f) Que ante tales incumplimientos el 22 de noviembre de 1.985 propuso fórmula de arreglo ante el representante de la Empresa, el que guardó silencio a ese respecto.

En la demanda correspondiente al proceso 5816 se narraron por la misma parte actora, los siguientes hechos que ponen de presente la relación entre los dos procesos:

a) Que se celebró el contrato citado entre las mismas partes y que la Empresa incumplió al no mantener la exclusividad de la distribución en la zona del San Juan.

b) Que con posterioridad a la fecha de la primera demanda, febrero 14 de 1.986 (la mencionada en el proceso 5164) y de su notificación, la Empresa demandada declaró la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, mediante la resolución. #719 de 27 de mayo de 1.986.

c) Que en la misma fecha se expidió la # 720, para imponerle multa al contratista y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

d) Que interpuso el recurso de reposición contra las anteriores, la entidad pública dictó la resolución #1107 bis de agosto 25 de 1.986 y mantuvo las decisiones tomadas.

e) Que las resoluciones no sólo violaron normas superiores y fueron dictadas con falsa motivación y desviación de poder, sino que también produjeron serios perjuicios de orden material y moral.

En la sentencia de 16 de junio de 1.987, el tribunal estimó que se había probado el incumplimiento del contrato por parte de la Empresa, a partir de mediados de noviembre de 1.985, cuando el gobernador del Departamento, Doctor Oscar Serna Alvarez, ordenó a los guardas de rentas de Yuto, Istmina y Tadó suspender el decomiso de licores introducidos en esa zona por personas distintas al distribuidor exclusivo, Doctor César Gómez Murillo, y les permitió su libre entrada y venta; violación que se acentuó con el cambio en el sistema de comercialización a través de los llamados "Poolles" con libertad de acceso a los compradores de licor. Asimismo recalca el a-quo que ese incumplimiento se puso en más evidencia cuando la Empresa se negó a suministrarle la cuota al contratista (700 cajas) alegando no tener existencias, y le vendió a otra persona particular 1.000 cajas al día siguiente.

En algunos apartes de este fallo se destaca, además:

" Todo este acervo probatorio en favor del demandante nos permite concluir que la actuación de la Empresa demandada se encuentra en el clásico ABUSO DE PODER que conlleva la violación de normas legales y contractuales y que amerita su condena con la correlativa indemnización para la víctima, conclusión a la que también llegó el Fiscal de la Corporación. Alega la abogada de la entidad demandada que el incumplido ha sido el demandante, quien no entregaba los dineros en efectivo en la Tesorería de la Empresa y no cumplió con instalar depósitos en otros municipios distintos a Istmina; pero también quedó demostrado cómo el Contratista en reunión con funcionarios de la Empresa, acordaron dejar a Itsmina como punto equidistante que le evitaba a los compradores adquirir el producto a precios elevados y al Distribuidor mantener el precio oficial. Además, los pagos aparecen hechos oportunamente y sólo el permanente sobregiro de la Empresa obligaba a su constante cambio de banco."

...

"Si la Empresa estableció el monopolio en favor del demandante y luego violó e incumplió el contrato, debe correr con la indemnización que se desprende de su incumplimiento y corresponde a la Empresa de Licores del Chocó, reparar en su totalidad los daños causados. No se puede aceptar bajo el supuesto de velar los intereses del Estado, que un contrato, que se convierte en una Ley para las partes puede ser materia de desatención, o por el hecho de no haberse cumplido conforme lo establecido, alguna cláusula por el contratista. Y es que para ello, el mismo contrato permite el mecanismo de enmienda en situaciones como ésta, como es la cláusula exorbitante de caducidad que permite la terminación por la Administración, sin mediar para ello la voluntad del particular y que la Empresa de Licores del Chocó no aplicó, sino que maliciosamente quiso modificar la cláusula Décima Tercera, cuando ya

la había violado, alegando no tener los medios para garantizar el cumplimiento del contrato. Entonces, es claro que la Empresa de Licores del Chocó no podía esgrimir como argumento primario de negativa para la entrega de pedidos, el supuesto incumplimiento del contratista de una cláusula del contrato existente."

De la sentencia de 18 de abril de 1.989, por medio de la cual se anularon el acto de caducidad y las resoluciones que impusieron multa y ordenaron hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, se destaca:

" De los HECHOS se infieren dos situaciones: La primera tiene que ver con la extemporaneidad de los actos demandados, y los motivos que los propiciaron. Al respecto, coincide la Sala, con el concepto de la fiscalía en cuanto que ,efectivamente, las resoluciones acusadas (719 y 720 del 27 de mayo de 1.986 y 1107 Bis del 25 de agosto de 1.986), son claramente extemporáneas, debido a que fueron dictadas cuando el Contrato en que se sustentan, había perdido toda la obligatoriedad por cursar contra la Empresa, una demanda por violación de ese contrato, incoada por el actor cuatro (4) meses antes; demanda que ya había contestado la demandada.

" Esto explica, que los motivos aducidos riñen con la verdad procesal encontrada en las pruebas aportadas tanto en el proceso de incumplimiento como en éste de nulidad.

" Las falsas motivaciones de las resoluciones demandadas, salidas de pruebas, acomodadas y rebuscadas también extemporáneamente, no pueden ser soporte para sostener la validez de dichas resoluciones, antes por el contrario, le quitan credibilidad a la Administración y a los funcionarios que así proceden, porque además, aparece el expediente, que el motivo verdadero y oculto de las tantas veces citadas resoluciones que motivan este proceso, no fué otro que el de obligar a constreñir al demandante, a un arreglo de las diferencias y al desistimiento de su demanda, según se desprende de las citaciones que se le hicieran al despacho del Gobernador, en vez de haberle dado al procedimiento administrativo, el curso debido; lo que sólo se vino a producir con el cambio del Gobernador. Ese ánimo retaliatorio tipifica la desviación de poder alegada por el demandante.

" Así pues, lógico es concluir que estamos probando la extemporaneidad y falsa motivación de las Resoluciones demandadas, éstas perderán toda su fuerza jurídica, y la empresa de Licores del Chocó, deberá ser condenada conforme a las solicitudes del demandante."

Respecto de la resolución 720 de Mayo 27 de 1.986, proceden iguales razonamientos a los presentados frente a la resolución 719 de la misma

fecha, esto es, en cuanto a su falsa motivación y desviación de poder para declarar la caducidad, y es aún más reprochable, el hecho de haberse dictado, violando los artículos 71 y 72 del Decreto 222 de 1.983, pues no se tuvo en cuenta los presupuestos que dichas normas establecen para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y además se violó el artículo 64 del citado decreto 222 de 1.983 que ordena que las multas solo pueden aplicarse durante la vigencia del Contrato, " si se hubieren decretado antes " de la declaratoria de caducidad; lo que no se hizo en este caso, pues la multa es posterior a la declaratoria de caducidad

" Lo mismo puede predicarse de la cláusula penal, pues no estando vigente el Contrato, por la demanda incoada por el actor, la demandada no podía invocar violación o incumplimiento de ninguna cláusula y sólo debía esperar el resultado de dicho proceso.

" Todos estos argumentos son aplicables frente a la resolución 1107 Bis de 1.986, que dejó en firme las resoluciones 719 y 720, pues se informa de las mismas motivaciones de estas últimas, y por tanto, también está viciada de nulidad y así ha de declararse por esta Sala.

" El demandante solicitó además, que de prosperar sus alegaciones, se condenará a la demandada, al pago de los perjuicios.

" Observa esta Sala, que en proceso fallado en este Tribunal, por el incumplimiento de la demanda, se le condenó al pago al demandante del valor del contrato, más los intereses que determinaron los peritos designados al efecto; por lo que sólo procede en este proceso, el reconocimiento de los perjuicios morales que se fijarán en mil gramos oro."

Apeladas las sentencias que se dejan enunciadas, durante el trámite de la segunda instancia se acumularon los respectivos procesos. Por eso, este fallo los comprenderá a los dos.

Dada la formulación de las demandas por una misma persona, en relación con el mismo contrato, la Sala estima que deberá estudiarse en primer término la relacionada con la declaratoria de caducidad de dicho contrato por incumplimiento del contratista y sus consecuencias restablecedoras, por cuanto esa declaración aparece respaldada en un acto administrativo que como tal está amparado con las presunciones de legalidad y veracidad, mientras que en la segunda, presentada con anterioridad a esa terminación, se fundamentó precisamente en lo contrario, o sea que la incumplida fue la administración.. En otras palabras, como el debate gira en torno a cuál de las partes contratantes incumplió el contrato y una de las posiciones (la de la Empresa de Licores) está respaldada con un acto administrativo, es esta circunstancia la que le da

cierta prelación en el tiempo, porque sólo una vez removido el obstáculo que representa dicho acto podría estudiarse el incumplimiento de la administración.

En este orden de ideas, se observa:

Primera. La demanda contra el acto de caducidad.

Ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala que la declaratoria de caducidad de un contrato administrativo solo deberá declararse antes de su vencimiento. Esto porque la caducidad es una forma anormal de terminarlo.

En el caso que se analiza ese pronunciamiento acató el citado principio. Cuando la administración dictó la resolución # 719 de 27 de mayo de 1.986, aún no había vencido el término del contrato, señalado en un año "contado a partir de la legalización".; fenómeno que se cumplió el 20 de septiembre de 1.985, luego de que el tribunal administrativo del Chocó le impartiera su aprobación-

No obstante lo dicho, la Sala estima que los actos administrativos impugnados (las resoluciones 719 y 720 de 27 de mayo de 1.986 y 1107 bis de agosto 25) están afectados de nulidad, como pasa a explicarse.

Muestran los expedientes aquí estudiados, que el Doctor César Gómez Murillo demandó a la Empresa de Licores el 14 de febrero de 1.986 (a folio 9,expediente 5164) , en acción contractual de responsabilidad por incumplimiento; que esa demanda fué admitida el 6 de marzo de ese mismo año (a folio 54 vuelto) y notificada a la entidad demandada el 13 siguiente (a folio 55).

Y revelan también los expedientes que luego de ese conocimiento, la Empresa de Licores declaró la caducidad del contrato mediante las resoluciones antecitadas, antes de su vencimiento y con el argumento de que el contratista había incumplido sus obligaciones.

Pues bien. Si bien es cierto en el campo contractual no existe una normatividad como la que opera en la esfera de los actos administrativos en la que la administración perderá la competencia para revocar sus actos cuando la jurisdicción admita la demanda contra éstos (artículo 71 del c.c.a.), la aplicación de un principio similar en aquél campo no puede ser exótica cuando esa conducta revele fines retaliatorios que puedan configurar una desviación de poder. Puede pensarse que si ya la administración estaba demandada debió abstenerse de hacer el pronunciamiento que hizo, porque precisamente el asunto ya se había llevado al conocimiento de los jueces, a instancias de la parte que podía hacerlo por carecer de poderes exorbitantes. Por ese motivo, al estar cuestionado ya el cumplimiento ante el juez del contrato, la

administración debió ser especialmente cuidadosa al dictar ese auto de terminación, porque su ejercicio fácilmente hacía inferir esa desviación.

La Empresa sabía que estaba demandada por incumplimiento y que su defensa tenía ya dos cauces lógicos, o sea el de excepcionar, o el de reconvenir o contrademandar. Se habla de esta última posibilidad porque en el campo de las controversias contractuales está autorizada la reconvención expresamente por la ley (artículo 217 del c.c.a.)

Carece de toda seriedad y muestra una clara desviación de poder, tal como lo afirma el demandante, lo que hizo la Empresa cuando supo que estaba demandada por incumplimiento; o sea, declarar terminado el contrato argumentando que la parte incumplida había sido el contratista. Desviación que se evidencia en el proceso no sólo por la inoportunidad explicada atrás, sino por la irrelevante motivación que muestra el acto administrativo impugnado, en el que se habla de que el contratista incumplió ciertas obligaciones, sin dar mayores detalles y sin explicar por qué no tomó la medida cuando se presentaron los sedicentes incumplimientos y esperó que fuera demandada para hacerlo.

La ilegalidad del acto de caducidad debió producir perjuicios al contratista; perjuicios que no se presumen y que se estudiaran luego, una vez se analice el fondo de la segunda demanda, porque ésta también incluye la indemnización de perjuicios, pero ya por incumplimiento de la Empresa de Licores.

Finalmente se anota:

La controversia en la que se busca la nulidad de un acto administrativo contractual no era en el régimen del decreto 01 técnicamente una demanda de restablecimiento de las que regulaba el artículo 85 del c.c.a. ni lo es hoy, luego de la modificación que le introdujo el artículo 16 del decreto 2304 de 1.989. No, ella es contractual porque así lo quiso el artículo 87 del c.c.a. desde su texto original, el que sólo sometió a las acciones propias de los actos administrativos a los separables o previos al contrato. Fué precisamente la índole de la acción contractual intentada la que hizo posible la acumulación de este proceso con el 5164 referido al incumplimiento del mismo contrato de distribución de licores. Se recuerda que aun desde antes del decreto 2304 de 1.989 jurisprudencialmente había definido que sólo los actos separables o previos a la celebración del contrato tenían las acciones propias de los actos administrativos (nulidad y restablecimiento), porque los demás actos contractuales propiamente dichos debían cuestionarse dentro de las acciones contractuales reguladas en el artículo 87.

Segundo.- La demanda por incumplimiento

El mismo contratista, antes de la declaratoria de caducidad demandó, como se dijo, a la empresa por incumplimiento del contrato. Concretó ese incumplimiento así:

" Tercero. - Dentro de la ejecución del contrato ya citado, se presentó incumplimiento por parte de la entidad demandada, al permitir que personas diferentes al Contratista y Distribuidor Exclusivo de los productos de la Empresa de Licores del Chocó en la zona del San Juan, introdujera licores, no garantizándole a mi poderdante los derechos que se habían pactado en el contrato.

"Cuarto.- Antes de producirse los incumplimientos por parte de la entidad demandada, a mi poderdante se le estaba garantizando su exclusividad con el control que se ejercía a través de los retenes de policía y Resguardos de Rentas Departamentales acantonados en la vía que conduce de Quibdó a Istmina, al tenor de la cláusula décima tercera (13), impidiendo que personas diferentes al Distribuidor Exclusivo, mi mandante, introdujera licores con destino al San Juan.

"Quinto.- Ante las reiteradas peticiones de algunos comerciantes del San Juan y especialmente de Istmina, que se quejaron ante el señor Gobernador del Departamento en su calidad de presidente de la Honorable Junta Directiva de la Empresa de Licores del Chocó por la exclusividad del contrato en favor de mi mandante, el Dr. Oscar Serna Alvarez, en su calidad de presidente de la Honorable Junta Directiva de la Empresa de Licores del Chocó, ordenó levantar el control que ejercían los retenes e incluso la prohibición de la Empresa de Licores del Chocó de no expender licores a personas diferentes al Distribuidor exclusivo para la zona del San Juan.

"Sexto.- El día doce (12) de Diciembre de 1.985, mi mandante acudió a la Empresa de Licores del Chocó a adquirir el cupo de cajas pactado en el contrato de exclusividad (700 cajas), según el parágrafo único de la cláusula octava (8a) del multicitado contrato, encontrándose con la desagradable noticia de que la Empresa no tenía existencia en sus bodegas para sastifacer los compromisos para con el Distribuidor Exclusivo para la zona del San Juan, esto es, mi mandante Dr. Gómez Murillo, hecho este que registra una vez más el incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada."

Para la señora fiscal ese incumplimiento no se dio. Así en su vista que obra a folios 414 y siguientes (proceso 5164) destaca:

"Vistos los hechos y las pruebas del proceso se analizará la causal de incumplimiento contractual señalada por el actor y que radica en que la Empresa de Licores permitió a personas diferentes del contratista y

distribuidor exclusivo de los licores, introducir y vender el aguardiente en la zona de San Juan.

" Se infieren dos situaciones en el caso que se estudia: La primera de ellas tiene que ver con la responsabilidad que le pueda caber a la Empresa por la orden impartida por el Gobernador que permitió la entrada de cualquier comerciante de aguardiente a la zona asignada al señor Gómez; en este punto es preciso observar que a la Empresa solamente le correspondía colaborar o hacer lo que estuviera a su alcance para que ésto no ocurriera y así fué como puso en aviso a las autoridades de lo convenido con el contratista, pero ante una orden del Gobernador, máxima autoridad administrativa, no tenía ningún otro instrumento legal que le permitiera imponerse y obligar al madatario a obedecerle.

" Por otra parte el contrato exonera de responsabilidad a la Empresa en casos como éste, así que no puede predicarse incumplimiento del mismo, por este hecho.

"La segunda de las circunstancias se refiere al hecho de haber sido el Gobernador la persona que dio la contraorden que llevo a terminar con la exclusividad pactada, quien no es parte en el contrato.

" El contrato es ley solamente para las partes, es decir las obligaciones surgen entre contratante y contratista por lo cual únicamente se puede predicar incumplimiento de quien lo haya pactado. En este caso el Gobernador como ya se dijo no es parte en el contrato por lo cual su actuación no puede generar el inclumplimiento del contrato en el cual no actuó.

" La Empresa de Licores del Chocó es un establecimiento descentralizado del orden departamental y como tal tiene personería jurídica y patrimonio propio e independiente, su representante legal es el gerente quien actúa con autonomía administrativa; todo esto indica que las actuaciones administrativas del Gobernador son independientes de las actuaciones y decisiones asumidas por el Gerente de la Licorera, de tal manera que no puede afirmarse que porque el Gobernador pertenece a la Junta Directiva de la Empresa, la decisión que adoptó en el caso presente pueda tener relación con el contrato que aquí se estudia.

" Por otra parte y lo más importante, es que la única obligación generadora de responsabilidad para la Empresa, era la de no vender productos a personas diferentes al contratista para ser distribuidos en la región de San Juan; (a esta sola circunstancia ha debido dirigirse la acción probatoria en el proceso para demostrar el incumplimiento contractual) y no logró demostrarse en el proceso que la Empresa hubiera incumplido con lo pactado, por el contrario se probó que durante

el lapso de tiempo contractual el único comprador de licores fué el contratista.

" Lo anterior sirve de fundamento para no estar de acuerdo con el fallo pronunciado por el *a-quo* en cuanto afirma que el Gobernador actuó como miembro de la Junta Directiva de la Empresa y a nombre de ella.

" En conclusión este despacho considera que en el caso analizado no se demostró el incumplimiento contractual de la Empresa de Licores del Chocó y por lo tanto en completo desacuerdo con el fallador de instancia, solicita a la Honorable Sala revocar el fallo apelado y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda."

Comparte la Sala la apreciación de la fiscalía y hace suya la argumentación. Si bien es cierto las partes pactaron la exclusividad para la distribución de los licores en la zona del San Juan y que la Empresa se obligó a no vender sus productos a personas distintas a la contratista, no existe prueba alguna que acredite el incumplimiento de la Empresa a esa obligación, expresamente pactada en la cláusula décima tercera del contrato.

Se pudo constatar, durante la inspección judicial practicada por el a-quo el 22 de agosto de 1.986 (a folios 187 y siguientes) a las oficinas de la Empresa, que revisadas las facturas de venta correspondientes a la zona del San Juan resultó que "solo se ha efectuado ventas al Doctor César Gómez Murillo, contratista demandante" Contradice este dicho el mismo actor con su declaración que obra a folios 133 y siguientes, pero su aserto carece de valor demostrativo por provenir de parte interesada.

El resto del acervo probatorio muestra sí un hecho de importancia para la decisión de esta litis o sea el de que al contratista no se le garantizó la distribución exclusiva de los licores de la Empresa en la zona del San Juan, pero no por culpa de ésta sino por obra del señor Gobernador del Departamento, quien dio la orden a sus agentes de que no decomisaran el aguardiente "Platino", licor producido por dicha Empresa y que ingresaba a esa misma zona. Este hecho lo acepta el mismo gobernador de aquel entonces, Doctor Oscar Serna A. en su declaración que obra a folios 222 y siguientes (Proceso 5164) y lo corroboran los testimonios de los señores Jesús A. Lozano Asprilla (folios 86 y 87), Moisés Campana C. (folio 89), Mario Becerra (folios 90 y siguientes) y Gabriel Mosquera M. (folios 93 y siguientes).

Se alega en la demanda que la orden dada por el señor Gobernador de no decomisar el licor que entraron terceros a la zona del San Juan constituye incumplimiento contractual de la Empresa, por cuanto ésta en la cláusula décima tercera del contrato suscrito con el señor Gómez Murillo se comprometió a " no vender sus productos a otras personas distintas al contratista siempre que se destinen a la venta en los municipios que son

objeto de la distribución, y hará cuanto esté a su alcance para que ninguna otra persona pueda hacerlo, pero si ello llegare a ocurrir, no asume ella responsabilidad alguna frente al contratista."

Para la Sala no le asiste la razón a la parte actora.

La actuación del Gobernador no pudo comprometer a la Empresa, porque él actuó en carácter de tal o sea como jefe de la administración seccional y autoridad policiva y no como miembro de la Junta Directiva de la citada Empresa. Carácter este último que tampoco le daba poder para actuar en forma omnímoda y con prescindencia de los demás miembros de aquélla. De allí que pueda afirmarse hipotéticamente que si la conducta del señor Gobernador no estuvo ajustada a la ley, comprometió la responsabilidad del Departamento pero no la de la Empresa; responsabilidad que no debe calificarse aquí por cuanto dicho Departamento no figura como parte demandada.

A la Empresa le incumbía, en virtud de esa cláusula décima tercera, hacer todo lo posible para garantizar esa exclusividad y aparece evidenciado que lo hizo. Prueba de ello es que no le vendió a nadie más para distribuir en la zona del San Juan. Pero no podía hacer más, por la potísima razón de que la entidad descentralizada carecía y carece de poder de policía, el que radica, a nivel departamental en el gobernador y en el municipal , en el alcalde.

Fuera de que no se demostró el incumplimiento de la demanda, el cumplimiento de la parte actora no aparece claro, tal como lo destaca la fiscalía en su vista de 20 de febrero del presente año y que obra a folios 116 y siguientes del expediente #5816.

Lo expuesto permite concluir que al no resultar comprobado el incumplimiento de la Empresa ésta deberá ser absuelta de las pretensiones formuladas por el Doctor Cesar Gómez Murillo en su demanda de 14 de febrero de 1.986.

Pero no sucederá igual con la otra demanda acumulada y en la cual se pide la indemnización de perjuicios causados con la declaratoria de caducidad del contrato. Atrás se explicó porque el acto administrativo deberá anularse, ya que está afectado de desviación de poder.

Sobre las consecuencias indemnizatorias de esa decisión, se observa:

Para la parte demandante esa caducidad le produjo serios perjuicios, los que fueron estimados cuantitativamente " en suma aproximada a los diez millones de pesos (10´000.000.00)

Se observa en primer término, que los perjuicios no se precisaron y que el actor nada hizo para probarlos, dentro de este proceso. Olvidó así que la

carga de la prueba de dicho extremo estaba a su cargo. Se probaron tales perjuicios ? La respuesta para la Sala tendrá que ser negativa, no sólo porque no se demostraron, sino porque la demanda en ese extremo no sólo es imprecisa sino que carece de toda concreción. Basta observar algunos apartes del libelo, para confirmar este aserto. En la formulación de las pretensiones se solicitó como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos que la Empresa de Licores del Chocó " debe indemnizar al demandante en cuantía que guarde correspondencia con los perjuicios que se prueben en el juicio."

Más adelante anota:

" En cuanto a perjuicios se refiere, es evidente que al expedirse las resoluciones sobre caducidad, multa y penal pecuniaria se ocasionaron a mi poderdante considerables perjuicios que deben resarcirse a la luz de lo previsto en el artículo 293 del decreto 222 de 1.983. Sobre este aspecto debe observarse que si bien las sumas por concepto de multa y penal pecuniaria no se han hecho efectivas, mi poderdante puede ser ejecutado por vía coactiva. Pero existe otro perjuicio de enormes proporciones consistente en que la declaratoria de caducidad dejó a mi poderdante inhabilitado para contratar con la administración conforme a lo dispuesto en el articulo 8 del decreto 222 de 1.983."

Tampoco al señalar la competencia hizo el actor esfuerzo alguno, ya que ni estimó la cuantía , en la forma razonada exigida por la ley, sino que se limitó al folio 7 del citado libelo a afirmar " y la cuantía, la cual estimo en suma aproximada a los diez millones de pesos (10´000.000.00).

Pero como si esto no fuera poco, no pidió en la demanda una sola prueba tendiente a establecer el perjuicio y su monto, pese a haber dicho en el petitum que esos perjuicios se probarían dentro del juicio.

Considera la Sala, entonces, que el a-quo debió denegar la suplica relacionada con los perjuicios materiales y no hacer condena alguna por los morales porque en este punto no hubo petición.

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) Revóquese en todas sus partes la sentencia de 16 de junio de 1.987 dictada por el tribunal administrativo del Chocó, en el proceso distinguido con el #6164.

2) Confírmase, aunque por razones diferentes, la sentencia de 21 de abril de 1.989, dictada por el mismo tribunal, en sus artículos primero, segundo y tercero. Revócase en sus artículos cuarto y quinto.

3) Como consecuencia de esta decisión, quedan sin efecto tanto la declaratoria de caducidad del contrato de distribución de licores de 12 de junio de 1.985 celebrado entre la Empresa de Licores del Chocó y el Doctor César Gómez Murillo, como la multa impuesta a este y la orden para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 20 de Septiembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo De Greiff Restrepo,* Con Salvamento de Voto; *Julio César Uribe Acosta,*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Procedencia. **GOBERNADOR** - Responsabilidad (Salvamento de voto)

Si después de una ardua evolución se llegó, por la doctrina y la jurisprudencia, a la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas por los hechos de sus directores y lo de sus dependientes, cómo puede, me pregunto, llegar a pensarse que el acto del Gobernador del Chocó, al mismo tiempo presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Licores del mismo Departamento, era exclusivamente acto de Gobierno y no, en alguna forma, acto de la Empresa.

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nº. 5164 (Acumulado 5816). Actor : César Gómez Murillo

Con respeto para la decisión de la mayoría, me separo de ella pues en mi concepto han debido confirmarse las sentencias recurridas, aun cuando la condena por perjuicios debería ser en cuantía menor.

La razón fundamental de mi discrepancia, tal como lo expuse en Sala radica en que ha debido tenerse en cuenta que el señor Gobernador del Chocó no podía olvidar su condición de presidente de la Junta de la Empresa de Licores cuando ordenó levantar el control de retenes en las carreteras como la orden de decomiso de licores que se expidieran en la zona de San Juan por personas distinta del contratista.

Si después de una ardua evolución se llegó, por la doctrina y la Jurisprudencia, a la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas por los hechos de sus directores y los de sus dependientes, cómo puede, me pregunto, llegar a pensarse que el acto del Gobernador del Chocó, al mismo tiempo presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Licores del mismo Departamento, era exclusivamente acto de Gobierno y no, en alguna forma, acto de la Empresa. Podría uno preguntarse ¿Entonces, dicho funcionario, unas veces podía ponerse "el Sombrero" de Gobernador, y otras de Presidente de la Junta de la Empresa, según le conviniera o no a esta entidad?

Por otra parte, se olvidó el señor Ponente de los principios de la carga de la prueba en materia de responsabilidad *contractual*, cuando le imputa al demandante no haber demostrado que la Empresa de Licores vendió a persona distinta del contratista productos destinados a ser distribuidos en la zona del San Juan. A quien le correspondía la carga de la prueba *del cumplimiento de la obligación* contractual era a la persona sobre quien pesaba la obligación (art. 1604 del C.C.).

Mis compañeros de Sala no quisieron discutir los argumentos aquí expuestos; lamentablemente para la Justicia que estamos llamados a declarar.

Gustavo de Greiff Restrepo

Fecha ut supra.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRADOR DELEGADO. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. COMPETENCIA CONTRACTUAL. CONTRATO POR ADMINISTRACION DELEGADA.

El impugnante sostiene que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no suscribió ni es parte en el subcontrato celebrado entre el Administrador Delegado y otra firma particular. Aunque la tesis tiene fachada, se impone definir, a la luz de la ley y el derecho qué alcance jurídico tiene el literal h) de la cláusula tercera del contrato administrativo suscrito por la Caja y el Administrador Delegado en donde se le faculta para subcontratar. Esta tarea corresponde al juez de lo Contencioso Administrativo, por ser tal negocio, incuestionablemente, administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 6314 Actor : Sociedad Arquitectos Lago y Sáenz Limitada.

Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur-

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe casual de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el auto calendado el día cinco (5) de abril del presente año, en virtud del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó la solicitud de nulidad propuesta con apoyo en el artículo 152, numeral 1 del Código de procedimiento Civil. (Hoy Art. 140 Num. 1o. C. de P.C. Decreto 2282/89 Art. 1o. Num. 8o.).

Para la mejor compresión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del referido proveído. En él se lee:

"La Sociedad "Arquitectos Lago y Sáenz Limitada", por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción relativa a contratos prevista en el artículo 87 del C.C.A., presentó demanda en este tribunal con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones números 2518 del 22 de junio de 1988 y 4438 del 9 de noviembre del mismo año, mediante las cuales la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- declaró en firme el acta final de liquidación del contrato número 011 de 1983 y sus adicionales, celebrados entre esa entidad y la Sociedad Raúl Valderrama y Asociados S. en C. para la construcción por el sistema de administración Delegada de los acabados arquitectónicos, montajes e instalaciones de la Segunda Torre del Hotel Hilton Internacional Bogotá. Así mismo la Sociedad demandante solicita que se declare que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y el Administrador Delegado Raúl Valderrama y Asociados S. en C. incumplieron y son solidariamente responsables por no haber reconocido la totalidad de los honorarios pactados contractualmente, así como la actualización de las sumas debidas y los intereses moratorios de las sumas liquidadas a su favor en las Resoluciones impugnadas, y se les condene al pago de las cantidades de dinero precisadas en la demanda.

"Como causa *petendí* se aduce que en desarrollo de ese contrato de Administración Delegada. la Sociedad Raúl Valderrama y Asociados celebró el subcontrato número DS-002 del 29 de octubre de 1985 con la Sociedad demandante a fin de que esta última realizara en calidad de Subcontratista el diseño y la decoración interior del edificio Segunda Torre Hotel Hilton Internacional de Bogotá y zonas de integración con el Hotel actual y por otra parte, la supervisión técnica de la ejecución y desarrollo de la decoración de los elementos fijos, que la sociedad subcontratista diseñase en cumplimiento del mencionado contrato; y que en la liquidación final aprobada por CASUR en los actos acusados se liquidaron los subcontratos derivados del contrato principal 011 de

1983, entre los cuales está el celebrado por el demandante, con desconocimiento de lo pactado con el Administrador Delegado.

"El apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional invoca la causal de nulidad prevista en el artículo 152, numeral 1., del Código de Procedimiento Civil, bajo la Consideración de que a la jurisdicción contenciosa administrativa no le compete conocer del proceso y para ello expone los argumentos que se resumen así: a- Que la Sociedad demandante no es parte en el contrato número 011 de 1983 suscrito entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y la Sociedad Raúl Valderrama y Asociados S. en C. y que es evidente que la Caja no suscribió ni es parte del subcontrato número DS-002 celebrado entre la mencionada Sociedad y la demandante; b- Que el subcontrato número DS-002, cuyo incumplimiento constituye la causa pretendí de todas las pretensiones, es un contrato de derecho privado, carente de cláusula de caducidad y de las demás características de los contratos administrativos, suscrito entre dos personas privadas: Raúl Valderrama y Asociados y Arquitectos Lago y Sáenz Limitada, que no pueden celebrar ni producir o crear actos administrativos; c- Que el artículo 87 del C.C.A. autoriza a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los contratos administrativos, interadministrativos, o aquellos de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad.

" Durante el traslado de la solicitud el Señor apoderado de la Sociedad demandante presentó escrito para oponerse a la nulidad con el argumento principal de que en este proceso se pretende la nulidad de unos actos administrativos expedidos por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y mediante los cuales se aprobó y confirmó la liquidación unilateral del contrato de Administración Delegada número 011 de 1983 celebrado entre esa entidad y la Sociedad Raúl Valderrama y Asociados; y que el contrato DS-002 fué celebrado entre la demandante y el Administrador Delegado, quien se encontraba debidamente facultado para el efecto y por tanto actuaba como intermediario de la Administración.

"Para resolver,

"SE CONSIDERA:

"La Sala no accede a la solicitud de nulidad por las siguientes razones:

"1a. Es evidente que mediante la demanda se pretende la nulidad de unos actos administrativos, expedidos por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional para declarar en firme el Acta Final de liquidación del contrato número 011 de 1983 y sus adicionales de la Administración Delegada para la obra de la Segunda Torre Hotel Hilton Internacional

Bogotá, celebrado entre esa entidad y la Sociedad Raúl Valderrama y Asociados S. en C. Se trata de unos actos administrativos expedidos dentro de un contrato igualmente administrativo de obra pública.

"2a. La demandante invoca su condición de subcontratista del Administrador Delegado Raúl Valderrama y Asociados S. en C. y aduce que en los actos administrativos impugnados se hace referencia al subcontrato que celebró con el Administrador Delegado para igualmente liquidarlo, lo cual significa que, en realidad, tiene un interés para la impugnación de los mismos.

"3a. La jurisdicción contencioso administrativa si tiene competencia para conocer de los procesos relativos a contratos administrativos, como el de obra pública por Administración Delegada ya mencionado y , por tanto, este Tribunal puede conocer del promovido por la Sociedad demandante, así las decisiones tomadas por la Administración en los actos administrativos acusados se hayan extendido a los de un subcontrato de administración delegada.

"Por lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION TERCERA,

"RESUELVE:

"No se accede a decretar la nulidad propuesta por el Señor apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.".

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 83 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte demandada hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

"Causal

"El proceso corresponde a diferente jurisdicción- art. 152-1 cpc- El caso no compete a la jurisdicción contencioso administrativa

"Hechos

"Primero: Es palmario que Lago y Sáenz Limitada, demandante, no es parte en el contrato 011 suscrito entre la Caja y Raúl Valderrama S. en C., como también es obvio que la Caja no suscribió ni es parte del subcontratado DS 002 celebrado entre aquel y la demandante, subcontrato

éste que es la base de la responsabilidad contractual que aquí se quiere hacer efectiva;

"Segundo: El incumplimiento del subcontrato DS 002 que constituye la causa pretendí de todas las pretensiones de la demandante es un contrato de derecho privado, celebrado entre dos personas que tiene ese carácter de privadas: Raúl Valderrama y Asociados S. en C., y Arquitectos Lago y Sáenz Limitada. Estas dos empresas comerciales *no pueden celebrar contratos, ni producir o crear actos administrativos*, así los pudieran revestir de las formas para ellos previstas;

"Tercero: El subcontrato no puede producir efectos administrativos como lo es el de corresponder a una jurisdicción especial, por el simple hecho de existir un contrato, ese sí administrativo entre Valderrama y la Caja, porque carece de los requisitos de forma y de fondo de los contratos administrativos, resultando absolutamente absurdo y criminal creer que los contratos que celebre la administración sin tales requisitos no adquieren esa índole de administrativos, en tanto que estas firmas comerciales si pueden celebrarlos sin estas exigencias, obligando además a la administración que no los ha suscrito;

" Cuarto: El art. 87 C.C.A, sólo autoriza esta jurisdicción contenciosa para los contratos administrativos, interadministrativos, o aquellos de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad;

"Quinto: La responsabilidad contractual que aquí se pide declarar y sobre la cual se tendrían que fundamentar las condenas, emana de un contrato de derecho privado que, además de no ser celebrado por la administración carece de cláusulas de caducidad;

"Sexto: y no solamente no está suscrito dicho contrato por ente administrativo alguno y huérfano de cláusula de caducidad, sino que, carece totalmente de las demás características de la exorbitancia que caracteriza a los contratos administrativos: ni Raúl Valderrama ni Arquitectos Lago y Sáenz, podían modificar unilateralmente el contrato. Tampoco darlo por terminado en la misma forma unilateral, y menos existe la facultad para alguno de ellos, de interpretarlo unilateralmente. Todos requisitos *sine qua non* en los contratos administrativos;

"Séptimo: Los especiales requisitos de derecho público también son ajenos a esta relación contractual que se quiere debatir en este proceso contencioso: el contrato no estuvo, ni podía estarlo, sujeto a la apropiación y disponibilidad presupuestales, no hubo renuncia a reclamación diplomática, y menos se publicó su texto en el Diario Oficial;

"Octavo: Ninguna de las dos empresas contratantes es persona jurídica estatal, o ente administrativo, y aunque una o ambas lo fueran, carecerían, como carecen todos esos entes, de la capacidad suficiente para modificar ocasionalmente el régimen legal de los contratos administrativos;

"Noveno: Es pues evidente que la jurisdicción administrativa no puede juzgar esta relación contractual sin que se incurra en la NULIDAD antes mencionada, que es INSANEABLE (art. 156-4 inc. 2- cp,c,), es ABSOLUTA y puede proponerse en cualquier tiempo (art. 154 c.p.c.).".

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) Dentro del informativo se encuentran, debidamente probadas, las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que el día nueve (9) de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) se suscribió por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, de una parte, y la firma "RAUL VALDERRAMA & ASOCIADOS S EN C ",de la otra, el contrato NO. 011 de Obra Pública por el sistema de ADMINISTRACION DELEGADA, que tiene por objeto la construcción de".. los acabados arquitectónicos, montaje e instalaciones de la Segunda Torre Hotel Hilton Internacional Bogotá, mejoras, obras de integración y complementarias para el adecuado funcionamiento del conjunto hotelero que la CAJA construye en el lote de su propiedad...", comprendido dentro de los linderos que en la cláusula primera del mismo se señalan (C 1, fol, 36 y S.S.).

SEGUNDA. Que en el literal h) de la Cláusula Tercera, del referido acto jurídico se facultó al Administrador Delegado para "Celebrar bajo su responsabilidad y de conformidad con el artículo 90 del Decreto ley 222 de 1.983, todos los sub-contratos a que hubiere lugar dentro del presente contrato, velando porque los subcontratistas cumplan la obligaciones que se les impongan...". En esta misma cláusula se agrega:

"Todos los subcontratos que suscriba el ADMINISTRADOR DELEGADO, estarán precedidos por pliego de condiciones de acuerdo con la naturaleza de la adquisición aprobado previamente por la Interventoria y la CAJA. La adjudicación de los subcontratos y pedidos debe igualmente ser aprobado por la CAJA según lo previsto en el literal e) de ésta cláusula. Cuando se requieran estudios especializados, el ADMINISTRADOR DELEGADO podrá subcontratarlos previa autorización de la CAJA , con profesionales altamente calificados cuyos honorarios se reconocerán de acuerdo a las normas legales vigentes en el momento de celebrar el contrato.". (Cdno No. 1,).

TERCERA: Que el día veintinueve (29) de Octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1.985), el representante de la firma RAUL VALDERRAMA & ASOCIADOS S. en C., de un lado, y la Sociedad ARQUITECTOS LAGO SAENZ LTDA, de la otra, firmaron el contrato DS-002 que tiene por objeto " ... el diseño y decoración interior del edificio Segunda Torre Hotel Hilton Internacional Bogotá y Zonas de Integración con el Hotel actual y por otra parte la supervisión técnica de la ejecución y desarrollo de la decoración de los elementos fijos que él haya diseñado en cumplimiento de éste contrato...".

En uno de los apartes de la cláusula segunda, del referido negocio jurídico, se estipuló que era obligación de la Sociedad Arquitectos Lago y Sáenz Ltda la preparación"... del programa definitivo de requerimiento de los diferentes espacios y elaborar un presupuesto estimado del mismo, que deberán ser aprobados por el CONTRATANTE, la CAJA y la INTERVENTORIA, con asesoramiento de Hilton Internacional..." (C. 1, fol 56).

Es de destacar que a lo largo de este contrato se exige la aprobación de LA CAJA para el anteproyecto, el proyecto definitivo, la construcción de la habitación típica de huéspedes, el reajuste de los honorarios de diseño, etc etc.

CUARTA. Que la firma ARQUITECTOS LAGO Y SAENZ LTDA, por conducto de apoderado, legalmente constituído, solicita en su libelo que se declare"... la nulidad de la Resolución número 2518 del 22 de junio de 1.988, por medio de la cual la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, CASUR declara en firme el acta final de liquidación del contrato número 011 de 1.983 y sus adicionales de la administración delegada para la obra de la Segunda torre Hotel Hilton Internacional Bogotá,... *resolución que a la vez liquidó de manera oficiosa los subcontratos derivados del contrato principal antes mencionado y especialmente del subcontrato número DS-002 del 29 de Octubre de 1.985, celebrado por el administrador delegado a nombre de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, CASUR, con la sociedad ARQUITECTOS LAGO Y SAENZ LIMITADA...*" Impetra, igualmente, la nulidad de la resolución no. 4438 de 1.988 mediante la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, Casur, resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 2518 de 1.988 y confirmó el Acta Final del 28 de Octubre de 1.988, de liquidación al contrato No. 011 de 1.983, sus adicionales y los subcontratos celebrados por el administrador delegado, en especial el subcontrato Ds-002 del 20 de octubre de 1.986 por lo motivos expuestos en el numeral anterior" (Subrayas de Sala).

B) A la luz de la realidad anterior, la Sala encuentra que la decisión del *a-quo* debe ser confirmada, pues en el *sub-lite* se atacan unos actos

administrativos de cuyo alcance sólo puede conocer la jurisdicción contencioso administrativa. la justicia ordinaria no podría, nunca, ocuparse de la materia que ha generado el presente conflicto de intereses Otra cosa muy distinta es el estudio de la legitimación por activa, que tenga o pueda tener la firma demandante para controvertir los mismos, aspecto que sólo podrá definirse, con pleno conocimiento de causa, en la sentencia. Igualmente inquietudes en torno a la acción escogida que deberán disiparse en la misma.

En el momento en que se toma esta decisión todavía no obran en los autos los actos acusados, los cuales fueron solicitados por el fallador de instancia en el auto que admitió la demanda, La valoración de tales piezas habría permitido al *ad-quem* hacer, seguramente, otras consideraciones de naturaleza jurídica y fáctica, pero ello no empece para que éste tenga la comprensión de las circunstancias fundamentales del caso, que, por lo demás, no se presenta como fácil. La administración suele, en la práctica, hacer todo género de entuertos jurídicos, cuyo alcance no alcanza ni siquiera a pergeñar el legislador. Frente a ellos, corresponde al juez llevar a cabo una tarea creadora de derecho para llenar los llamados espacios intersticiales, pero ella demanda la apreciación de todas las pruebas y oportunidades más amplias de meditación y estudio orientadas a desatar la litis.

C) El impugnante sostiene que la Caja no suscribió ni es parte en el subcontrato DS002 celebrado por la firma LAGO Y SAENZ LIMITADA con la sociedad RAUL VALDERRAMA S en C. Aunque la tesis tiene fachada, se impone definir, a la luz de la ley y el derecho, qué alcance jurídico tiene el literal h) de la Cláusula Tercera del contrato administrativo, suscrito el nueve (9) de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1.983), donde se faculta al Administrador Delegado para celebrar sub-contratos. Esta tarea corresponde al juez de los contencioso administrativo, por ser tal negocio,. incuestionablemente, administrativo.

D) La Sala no hace suya la perspectiva inhibitoria que maneja el apelante cuando predica que la responsabilidad contractual que dentro del presente proceso se pide declarar, emana de un contrato de derecho privado que ".. además de no ser celebrado por la administración, carece de cláusula de caducidad" . Dejando bajo interrogante el primer supuesto, se impone recordar que el Consejo de Estado tiene competencia para conocer de las controversias que giren en torno a los actos administrativos expedidos por la administración con base en un contrato de derecho privado, sin cláusula de caducidad . Esta pauta jurisprudencial de fijó en sentencia de tres (3) de Septiembre de mil novecientos ochenta y siete 1.987), Expediente Nro. 4995, Actor Centro de Cómputo de Nariño, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, donde se discurre dentro del siguiente universo:

> ".. la competencia en materia contractual derivada de las controversias que surjan de los contratos de la administración, está gobernada, en principio por la siguientes reglas:

a) Las derivadas de los contratos administrativos, son del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Las controversias de un contrato de derecho privado en el que se haya pactado cláusula de caducidad, serán igualmente de ésta jurisdicción.

c) Las nacidas de un contrato de derecho privado, sin la aludida cláusula, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

d) *Las controversias que giren en torno a los actos administrativos expedidos por la administración con base en un contrato de los indicados en el literal anterior, serán de la jurisdicción administrativa."* (Subrayas de la Sala).

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

RESUELVE

1o.) CONFIRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día cinco (5) de Abril de mil novecientos noventa (1.990), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

2o.) Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Arturo Mora Villate, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. DAÑO EMERGENTE. LUCRO CESANTE

Por lo general la evaluación o la medición del daño emergente no envuelve problemas mayores: el monto de la indemnización corresponderá al valor de la reposición del bien o del interés destruido o averiado. La apreciación del lucro cesante" es particularmente delicada cuando la víctima se ve afectada por una incapacidad parcial para el trabajo". Los ingresos posteriores a la incapacidad total sufrida por el lesionado y concomitantes a la incapacidad parcial que le quede como secuela no guardan ninguna relación de causalidad con el hecho dañino causante de la lesión y pueden obedecer a factores ajenos a la situación y por consiguiente no hay razón alguna para tenerlos en cuenta en la evaluación del perjuicio cierto y directo sufrido por la víctima. Su cuantificación en dinero se hace sobre la base de los ingresos que el damnificado obtenía en promedio durante el año anterior al accidente sufrido, sin que haya lugar a tener en cuenta para nada lo que posteriormente hubiera podido ganar en la misma labor o en otra distinta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., veintisiete de septiembre (27) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente Nº. 5835. Actor : Norberto Duque Naranjo

Conoce la Sala, por vía de Consulta, de la sentencia de fecha 29 de mayo de 1.986, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda. (fls. 216 a 233).

I.- ANTECEDENTES

1º. Por demanda presentada el 9 de febrero de 1983, el actor solicitó que se declarara al Departamento de Antioquia responsable de los daños y perjuicios que le fueron inferidos "a consecuencia del accidente de tránsito ocasionado por imprudencia del señor RUBELIO ALFONSO ROJAS OLAYA", trabajador al servicio del citado Departamento, cuando conducía un automotor de propiedad del mismo ente territorial, el día 4 de diciembre de 1981, y pidió, la condena consecuencial al pago de tales daños y perjuicios, materiales y morales, con su reajuste monetario, en cuanto a los primeros. (fls. 2 a 11).

2º La causa *petendi* puede resumirse así:

a) En la fecha citada, el dr. Norberto Duque Naranjo viajaba por la carretera troncal del Norte en un vehículo que conducía el sr. Luis Javier Pino, cuando en una curva de los " Llanos de Cuibá" apareció el "volquete" marca "International" de propiedad del Departamento de Antioquia, conducido por el sr. Rubelio Alfonso Rojas Olaya, a alta velocidad y tratando de pasar a otro vehículo, lo que dio lugar a que colisionara contra el que ocupaba el actor, quien sufrió graves lesiones, entre ellas "la fractura del fémur izquierdo, el platillo tibial derecho, el codo del mismo lado, el tercio superior del radio, el húmero derecho y múltiples fracturas costales en la base de los metacarpios".

b) Tales lesiones "impusieron su hospitalización en varias clínicas [de la ciudad de Medellín] y del municipio de Yarumal y la incapacidad que todavía lo aqueja le ha impedido percibir una suma considerable de dinero en el ejercicio de su profesión de abogado. Le ha hecho imposible, además la continuación de sus estudios de piano y la práctica de otras actividades artísticas que le traían consigo regocijo y serenidad de espíritu.

3º Tramitado el proceso en legal forma, durante el cual el Departamento de Antioquia estuvo representado por apoderado especial, culminó con el fallo arriba citado.

El Tribunal encontró demostrada la responsabilidad del ente demandado pues, en su concepto con, las numerosas pruebas allegadas se comprobó la falla del servicio, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla.

Para el Tribunal de los numerosos testimonios rendidos, de quienes presenciaron la colisión de los vehículos se desprende que ella se debió a la

imprudencia del conductor del "volquete" oficial, sr. Rojas Olaya, lo que fue confirmado también en las diligencias administrativas que adelanta la Inspección General Municipal de Yarumal.

La vinculación laboral del sr. Rojas Olaya con la entidad territorial demandada se comprobó mediante certificación expedida por la División de Personal de aquélla, a solicitud del Tribunal *a-quo* (fl. 48).

También con prueba documental y testimonial, que el a-quo señala, se acreditaron las lesiones sufridas por el actor con ocasión de dicha colisión.

El a-quo encontró demostrados los perjuicios morales inferidos al actor, quien se vio incapacitado físicamente para ejercer su profesión de abogado durante varios meses, así como para desarrollar sus aficiones artísticas, y son evidentes los traumatismos de orden síquico y social en general que las secuelas del accidente tuvieron que traerle consigo". Esta especie de los perjuicios la estimó el fallador de instancia en el equivalente a 500 gramos de oro fino "de acuerdo con la tasación que éstos tengan en la fecha de la sentencia".

En relación con los perjuicios materiales se tiene que durante la primera instancia se practicó una prueba pericial y de acuerdo con el dictamen rendido como no fuera posible obtener de las pruebas aportadas por el actor una cifra concreta sobre los honorarios profesionales que éste percibía, los expertos recurrieron a sus declaraciones de renta, correspondiente a los años de 1981 y 1982, de cuya comparación dedujeron que a causa del accidente había registrado una disminución en tales ingresos equivalente a $19.483.oo, cifra esta que actualizaron y que les sirvió de base para calcular la indemnización futura y la consolidada, en cuantías de $3.365.986.oo y $ 775.703.oo respectivamente. En cuanto a los gastos de enfermedad, los peritos sumaron las facturas o comprobantes de caja presentados por el actor, lo que les dio un total de $393.595.oo (fls. 145 a 148).

El a-quo no acogió el dictamen porque consideró que para el cálculo de los perjuicios representados por los ingresos dejados de percibir por el lesionado no debía de recurrirse a sus declaraciones de renta, como lo hicieron los peritos, pues habiendo sido presentados con posterioridad al accidente y con anterioridad a la demanda, "es decir cuando ya el actor tenía que tener en mente, por decir lo menos, la idea de reclamar ante la jurisdicción los perjuicios que le fueron causados", ello "le resta valor probatorio a dichos documentos".

Como, sin embargo, por las pruebas allegadas encontró acreditado que al actor se le habían inferido perjuicios materiales, tanto porque había incurrido en gastos médicos (honorarios, hospitalización, etc.) y sufrido disminución en su capacidad de trabajo, condenó en abstracto a la entidad demandada, a su pago, fijando las siguientes pautas para su cuantificación a través "del incidente regulador del artículo 308 del Código de P. Civil".

"1)- Monto de los ingresos profesionales del doctor Duque Naranjo no podrá excederse del señalado al respecto en sus declaraciones de renta de los años 1981 y 1982, para los períodos a que ellas se refieren.

"2)- Se acreditará lo que el actor devengaba por tal concepto- honorarios profesionales- antes del accidente (un período razonable) y lo que continúo percibiendo desde el momento en que estuvo en posibilidad física e intelectual de reanudar el ejercicio de su profesión.

"3)- El demandante será examinado por peritos médicos, con el fin de determinar si hubo merma de sus capacidad laboral y cuál fue el porcentaje de la misma. En caso afirmativo, se establecerá la disminución que dicha merma haya podido producir, proporcionalmente, en sus honorarios de abogado.

"Los mismos peritos señalarán, con base en los experticios médicos anteriores y en otros medios que estén a su alcance, la fecha precisa o aproximada en que el actor estuvo en capacidad de reanudar el ejercicio de su actividad profesional.

"4)- Se trata, en síntesis de obtener dos cosas: a)- La cuantificación de los gastos en que incurrió el doctor Duque a raíz del accidente, y b)- La determinación de lo que el mismo dejó y dejará de percibir por concepto de honorarios profesionales, con motivo de las lesiones que causó la colisión habida entre el Toyota en el que viajaba y el automotor del Departamento de Antioquia.

"5)- Como es obvio, se atenderán en el proceso de tasación de los perjuicios de que se trata los criterios que la jurisprudencia tiene sentados sobre el particular". (fls. 231 y 232, C. 1).

4) Sin tener en cuenta que el fallo debía ser consultado de acuerdo con lo dispuesto por el art. 184 del C.C.A., el Tribunal a-quo tramitó el incidente liquidatorio, pero al observar su error, declaró la nulidad de lo actuado y dispuso la consulta pertinente.

Ninguna de las partes alegó en esta instancia.

La fiscal 7ª de la Corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia consultada. (fls. 238 a 242).

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1º La Sala está de acuerdo con las apreciaciones tanto del a-quo como de su colaboradora fiscal en cuanto a que el *sub-lite* se encuentra acreditada con copioso acervo probatorio allegado al proceso, la falla del servicio así como el daño y la relación de causalidad entre éste y aquel.

2º En relación con la cuantificación de los daños materiales, en primer lugar se observa que estos se clasifican como emergentes y como lucro cesante. En los primeros se comprenden los intereses patrimoniales *actuales* que han sido afectados con el hecho del cual se deriva la responsabilidad; en los segundos, el interés futuro o la utilidad futura que por la misma razón el afectado dejará de percibir.

Ambos conceptos son objeto de la reparación bajo el sistema legal colombiano, tanto en el campo contractual como en el extracontractual (Arts. 1613 y 1614 C.C.).

El perjuicio, de cualquiera de las dos especies, para ser indemnizable debe ser directo, cierto y determinado (en el campo contractual, el deudor de buena fe responde sólo de los perjuicios previstos o previsibles; el de mala fe debe indemnizar también los imprevistos, art, 1616, C.C.).

Es directo el perjuicio cuando es consecuencia lógica e inmediata del hecho dañino; cierto es aquel que en cuanto a su existencia y extensión puede afirmarse (que no excluye, por tanto, al futuro, que es aquel aun no realizado pero que necesariamente habrá de producirse) y determinado es, aquel que puede ser tasado . (La certidumbre se distingue de su determinación, porque la primera dice relación a la existencia y extensión del daño y ésta con su cuantía).

Ahora bien, la certidumbre, como dice Adriano de Cupis (El Daño. Ed. Bosch Barcelona 1975, pág. 315) "dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea con una consideración fundada y razonable", sin que importe para el efecto que el daño sea pasado, presente o futuro.

Cuando se priva a una persona propietaria de un caballo de carreras de que éste participe en una justa o cuando a un profesional del derecho se le impide que presente una demanda, se les causa un perjuicio cierto; otra cosa será el problema de la determinación o medida de su contenido, pues, obviamente, el dueño del caballo no puede pretender que el premio ofrecido al caballo que llegara en primer lugar, constituye el daño que se le infiere por no haberlo dejado correr (un tercero) o lo que se le hubiere pagado al segundo, si hubiere ganado el pleito que indebidamente se le impidió iniciar.

Por lo general la evaluación o la medición del daño emergente no envuelve problemas mayores: el monto de la indemnización corresponderá al valor de reposición del bien o del interés destruido o averiado; algo salió del patrimonio del afectado por el hecho ilícito y debe retornar a él, bien en especie o bien en su equivalente para que las cosas vuelvan a ser como eran antes de producirse el daño (pero aun en este caso podrán presentarse problemas; ya los señalaban Henry y León Mazeaud, al escribir " Cuando un objeto se destruye o se

pierde, cabe dudar entre tres valores para fijar el importe de los daños y perjuicios; el precio de compra de un objeto usado parecido, el valor venal del objeto destruido. La elección entre esos elementos debe hacerse, según parece, averiguando cómo reemplazar razonablemente el objeto destruido, o perdido". Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Nº 2403, Ed. Jurídicas Europa-América. Bnos. Aires 1977). Pero no sucede lo mismo con el lucro cesante pues tratándose de una ganancia frustrada no siempre es fácil determinar con certeza cuál era el provecho que la víctima podía esperar obtener y no obtuvo por razón del mismo hecho dañino.

Pero en ese último caso ciertas reglas son admitidas, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, a saber:

a) Si bien el daño por lucro cesante implica la pérdida de una utilidad que no es actual, el que pueda acreditarse que ella *habría tenido existencia*, es suficiente, en cuanto hace a su certeza;

b) "Teniendo en cuenta las circunstancias y las aptitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor". (De Cupis, Ob. cit. pág. 315).

"Al respecto, sólo deben considerarse las utilidades realmente probables y no las posibles. Si se trata de un accidente corporal, por ejemplo, el lucro cesante se determinará a base de lo que ganaba o podía ganar la víctima, atendidas su edad, condiciones físicas y morales, competencia, etc.; pero no de lo que puede ganar por una situación extraordinaria o inesperada (Alessandri Rodríguez, D. la Responsabilidad Extracontractual, Nº 457, Ed. Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981).

La apreciación del lucro cesante "es particularmente delicada cuando la víctima se ve afectada por una incapacidad parcial para el trabajo. Para fijar la reparación, hay que tener en cuenta esa reducción de la capacidad de trabajo, que es la reducción de la aptitud para el salario, o por el contrario, la reducción afectiva del salario?

Por ejemplo, la víctima que está afectada por una incapacidad del 60%, no ha sufrido sino una reducción del 10% en el salario. Debe ser calculada la incapacidad del 50% o debe ser limitada a la diferencia entre la remuneración anterior y la remuneración posterior al accidente? En materia de accidentes de trabajo, la jurisprudencia y la doctrina habían estado siempre de acuerdo para decidir que la tasación del daño material a la cual tenga derecho el accidentado, por la disminución de su capacidad de trabajo, no depende de remuneración percibida efectivamente luego del accidente. La solución está adoptada expresamente por el artículo 452 del Código de la Seguridad Social, según cuyos términos la renta se calcula multiplicando el salario anterior al accidente por el tipo de incapacidad.

Y es que la remuneración percibida efectivamente por la víctima luego del accidente, por lo demás muy provisional, puede depender de causas que no tengan relación alguna con la nueva capacidad de trabajo: circunstancias económicas desfavorables o favorables, que le impidan a la víctima encontrar el justo salario para su nueva capacidad o que le permitan recibir un salario superior a él. Es la voluntad de la víctima que, por inercia o por cálculo, se contenta con un salario insuficiente. Es la voluntad del patrono que, por estima o por compasión hacia la víctima o también por cálculo interesado cuando sea responsable, mantenga el antiguo salario o que no le haga más que una reducción inferior a la disminución de capacidad.

El elemento de comparación no es la remuneración posterior efectiva, sino la remuneración normal que la capacidad disminuida de la víctima le deja la posibilidad de recibir. Esa remuneración normal es la antigua remuneración, rebajada en la misma proporción que la capacidad de trabajo; la antigua remuneración, amputada por la escala de incapacidad..." (H. y L. Mazeaud, ob. cit. Nº 2396-2).

c) La existencia actual de un fundamento jurídico para una determinada utilidad futura, justifica el reconocimiento del lucro cesante (caso de la víctima que ha celebrado un contrato de trabajo que debería comenzar a ejecutar seis meses después del accidente que lo ha dejado incapacitado).

d) Sin embargo, la no existencia actual de un título jurídico por la utilidad futura, no impide el reconocimiento del lucro cesante si puede considerarse fundada la futura realización del título.

e) La interrupción, *por causa* del hecho dañoso, de un ingreso que la víctima venía recibiendo, permite al juez inferior que si no hubiera sido por ella la utilidad hubiera continuado.

f) Cuando la utilidad futura dependía de una contraprestación de la víctima que ya no podrá cumplir, a causa del hecho dañino, el daño se mide por la diferencia a su favor entre dicha utilidad y el valor de lo por él debido (v. gr. cosa que se pretendía comprar para luego revenderla; o cosa que se vendería y cuyo precio no se pudo obtener).

g) El juez debe tener en cuenta el trabajo no remunerado que la víctima cumpliera en beneficio de otros perjudicados (por ej. el caso de la madre de familia que atiende labores en el hogar, de las que se ven privados el padre y los hijos).

h) "La equidad y los indicios, sirven para establecer en concreto el monto indemnizable (J. Tamayo Jaramillo, D. de la Responsabilidad Civil, Tomo II, Nº 212, Ed. Temis, Bogotá, 1986). Pero en este punto el juez debe tener en cuenta tres principios fundamentales, a saber: la reparación del daño

causado que la ley impone al autor de un delito o un cuasidelito debe comprender la integridad del perjuicio sufrido; la cuantía de la reparación no debe guardar proporción con la gravedad de la culpa del responsable, pues implicaría obligar a la víctima a soportar parte del perjuicio; tampoco puede condenarse a la víctima a pagar una indemnización superior al daño efectivo, pues ello equivaldría a una liberalidad del juez a costa del patrimonio del responsable.

3º Teniendo en cuenta el marco conceptual que se viene de reseñar y lo decidido por el *a-quo*, debe concluirse que:

a) Incurre en contradicción el fallador de primer grado cuando critica el experticio porque ante la imposibilidad de determinar la cifra concreta de los honorarios profesionales que la víctima percibía hasta el momento en que sufrió las lesiones hubieran recurrido a sus declaraciones de renta de los años de 1981 y 1982, según se anotó atrás (Nº 3, capítulo I. Antecedentes), pero, luego, entre las pautas que señala para tener en cuenta en el incidente liquidatorio de la condena en abstracto que pronunció, establece que "El monto de los ingresos profesionales del doctor Duque Naranjo no podrá exceder del señalado al respecto en sus declaraciones de renta" de los mismos años 81 y 82. Es decir, por un lado desecha las declaraciones de renta como prueba de los ingresos y por el otro los acepta para limitar a lo declarado la indemnización.

Tal forma de razonar aparte de no ser lógica llevará a darle a dichos documentos un valor probatorio único, por lo menos para fijar el límite máximo de la reparación del daño, lo que sería inconstitucional pues como dijo la Corte Suprema de Justicia al decidir sobre la exequibilidad del art. 10 de la ley 58 de 1982: "Tanto los actores como el ministerio público han creído ver en la norma que se analiza un mecanismo legal único y exclusivo para la tasación de perjuicios en las acciones indemnizatorias contra el Estado, por manera que estos deben ceñirse a las referencias de la declaración de renta de quienes se hallen vinculados a la controversia. Sin embargo, lo que la referida disposición exige es que la confrontación a la que en ella se alude, haya de realizarse y se tengan como un factor en la determinación del monto de la indemnización, si que también como un criterio de la autoridad que deba establecerlo, pero sin que la norma excluya en manera alguna, ni expresa ni tácticamente, los otros elementos de juicio para llegar a tal determinación indemnizatoria, entre ellos los tradicionales del daño emergente y el lucro cesante, en sus distintos aspectos y modalidades. Así vista la norma *sub-judice,* no se encuentra que sea lesiva de los artículos de la Carta que los demandantes indican [arts. 17, 20, 23, 25, 26, 30, 39, 45 y 46], ni de ningún otro precepto constitucional" (fallo de 1º de diciembre de 1983, publicado en jurisprudencia al Día, cuarto trimestre 1983, pág. 32 y s.s.).

Por esta razón y no obstante que la Sala conoce del proceso únicamente en grado de consulta, en el incidente liquidatorio de la condena in genere proferida, que por lo hasta aquí expuesto habrá de confirmarse, no se tendrá en cuenta la pauta en mención.

Por lo demás, la Sala discrepa también de la inferencia hecha por el a-quo, en este aspecto, porque del acervo probatorio resulta que el actor atendía numerosos procesos, en su gran mayoría de cuantía considerable (fls. 57, 63, 65, 129 y 131), que harían pensar más bien en la posibilidad de ingresos superiores por concepto de honorarios a los declarados para efectos puramente fiscales.

b) Tampoco está de acuerdo la Sala con la pauta que dice:" Se acreditará lo que el actor devengaba por tal concepto -honorarios profesionales- antes del accidente (un período razonable) y lo que continuó percibiendo desde el momento en que estuvo en posibilidad física e intelectual de reanudar el ejercicio de su profesión", porque ella implícitamente lleva a la conclusión de que la estimación del perjuicio se haga no con base en la incapacidad efectivamente sufrida sino creyendo que el daño está representado sólo por la diferencia entre lo que se devengaba antes del accidente y lo que se obtuvo después cuando desaparecieron sus secuelas, cuando esto último puede no guardar relación alguna con el accidente, como muy bien lo explican los hermanos Mazeaud en la cita que de su obra se hizo más atrás. Y este criterio es razonable, porque los nuevos ingresos, es decir los posteriores a la incapacidad total sufrida por el lesionado y concomitantes a la incapacidad parcial que le quede como secuela no guardan ninguna relación de causalidad con el hecho dañino causante de la lesión y pueden obedecer a factores ajenos a la situación y por consiguiente no hay razón alguna para tenerlos en cuenta en la evaluación del perjuicio cierto y directo sufrido por la víctima.

Por consiguiente, si a aquella se le determina por los médicos legistas una incapacidad parcial permanente de él, dígase a manera de ejemplo, diez o del veinte por ciento, su cuantificación en dinero se hace sobre la base de los ingresos que el damnificado obtenía en promedio durante el año anterior al accidente sufrido, sin que haya lugar a tener en cuenta para nada lo que posteriormente hubiera podido ganar en la misma labor o en otra distinta. La buena suerte o el mayor trabajo posterior del lesionado no pueden ser factores que alteren la realidad del perjuicio sufrido, de la misma manera que las circunstancias capaces de atenuar la gravedad de la culpa del responsable no ejercen influencia sobre la cuantía de reparación que se le debe a la víctima.

Lo anterior se deja expuesto a manera de pedagogía jurídica pues teniendo en cuenta que la Sala conoce del asunto *sub-judice* como ya se dijo, sólo en grado de consulta y como lo decidido en este punto por el *a-quo* no contradice precepto constitucional alguno, habrá de mantenerse, para no hacer más gravosa la situación de la entidad administrativa en cuyo favor se estableció dicho grado.

4º En relación con el daño emergente sufrido por el actor y representado por los gastos médicos de fisioterapia y hospitalarios deberán tenerse en cuenta, en el incidente liquidatorio, no sólo aquellas facturas que pagó y que fueron reconocidas por los beneficiarios (fls. 140, 141, 142 y 143 del C. 1 y 87 del C. 2) sino también las que presentó en la oportunidad debida durante el proceso y cuyo reconocimiento se obtenga durante la etapa probatoria del incidente.

5º En síntesis, para la liquidación de los perjuicios de que trata la condena in genere proferida en el fallo que habrá de confirmarse, de acuerdo con lo expuesto, se seguirán las siguientes pautas:

a) Por los medios probatorios adecuados el actor establecerá los ingresos percibidos en su ejercicios profesional de abogado durante los doce (12) meses anteriores al accidente origen de la responsabilidad del ente demandado a fin de obtener el promedio mensual que servirá de base para el cálculo del daño por lucro cesante. La cifra así obtenida se reajustará, como se solicitó en la demanda, con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde Ra será la cantidad actualizada a pagar; R la suma total de Indice final el correspondiente al (sic).

b) Se reconocerá como lucro cesante el tiempo de incapacidad absoluta para trabajar que tuvo el actor, de acuerdo con la determinación que hagan peritos médicos designados al efecto, quienes con tal objeto tendrán en cuenta los conceptos también médicos que obran en el proceso. El valor o cuantificación de este lucro cesante se determinará con base en el promedio mensual de ingresos que resulta según el literal a).

c) Para el cálculo del lucro cesante consecuencial a la incapacidad parcial definitiva, permanentemente que le resultó al actor como consecuencia del mismo accidente, se tendrá en cuenta dicha incapacidad que determinen los peritos que trata el literal b) y el porcentaje se calculará tomándolo del ingreso mensual periódico que resulta según el literal a). En seguida se aplicarán las fórmulas aceptadas por la jurisprudencia de la Sala para el llamado período vencido o permanente y hasta la fecha de ejecutoria de este fallo para el llamado período futuro, que va desde la ejecutoria de este fallo y hasta el final de la vida probable del actor, término que se calculará de acuerdo con las Tablas de Mortalidad para asegurados, aprobadas por la Superintendencia Bancaria. Las fórmulas a aplicar son las siguientes:

Para el período vencido o consolidado:

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

S = suma o indemnización que se busca

Ra = renta mensual actualizada

i = interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867 mensual, pero como se trabajó no con 100 sino con 1, en la fórmula ese interés se representa como 0.004867.

n = mensualidades que comprende el período indemnizatorio; que en el *sub-lite* serán

Para el período futuro:

La indemnización futura se calcula a su vez con aplicación de la fórmula:

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

Ra es la misma suma actualizada para el cálculo de la indemnización vencida, **n** el tiempo presente de vida probable.

6º La Sala está de acuerdo con la cuantificación hecha por el a-quo de los perjuicios morales sufridos por el actor, con la precisión de su conversión en moneda legal colombiana será la que resulte del precio del gramo oro que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia, debiendo entenderse que esta condena se hace en concreto.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de mayo de 1986, dentro del proceso de la referencia.

Para la liquidación de las condenas por perjuicios morales y materiales de que trata la sentencia que se confirma se tendrán en cuenta las precisiones y pautas que se señalan en los considerandos del presente fallo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 27 de septiembre de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, con aclaración de voto; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla*; *Gustavo de Greiff Restrepo*; *Julio César Uribe Acosta*, Con salvamento de voto;

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Prueba. **CONSULTA** - Límites. **PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA PRUEBA** (Aclaración de voto)

Como quedó el fallo desconocerse el alcance de la sentencia consultada de primera instancia, por cuanto puede resultar más gravosa para la entidad demandada. No debió el tribunal rechazar las declaraciones de renta como prueba del ingreso, para luego aceptarlas como tope de los mismos. No fue lógico su razonamiento, ya que debió, entonces, rechazarlas para todos los efectos. Pero en la forma adoptada (válida cómo tope de ingreso, pero no como prueba de éste) rompió el principio de la indivisibilidad de la prueba. En otras palabras, o debió rechazarla en su integridad o aceptarla con el mismo alcance.

ACLARACION DE VOTO CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejero Ponente : *Doctor Gustavo de Greiff R.*

Referencia: Expediente Nº.5835. Actor : Norberto Duque Naranjo.

Con todo respeto aclaro mi voto a la sentencia de 27 de septiembre de 1.990, aprobada mayoritariamente por la Sala.

El motivo de mi discrepancia radica fundamentalmente en el hecho de que como quedó este fallo puede desconocerse el alcance de la sentencia consultada de primera instancia, por cuanto puede resultar más gravosa para la entidad demandada. Esta posibilidad contrariaría el alcance del artículo 184 del c. c.a.

Y puede resultar más gravosa porque la sentencia de esta Sala al suprimir la pauta fijada por el tribunal en su numeral 1 (que el monto de los ingresos del Doctor Duque N, no podrá exceder del señalado en sus declaraciones de renta de 1.981 y 1.982) abrió la posibilidad para la demostración de ingresos superiores, con los que la condena podría resultar eventualmente mayor.

Como es una simple eventualidad, no salvo el voto. Estimo que el tribunal, al liquidar la condena, no podrá olvidar el real alcance del fallo dictado por esta Sala, el que, por lo demás, es serio y concienzudo.

Estimo que la pauta impuesta por el tribunal es plenamente válida, así, en su presentación, aparezca formalmente en contradicción.

El artículo 10 de la ley 58 de 1.982 no tiene el alcance que la Corte Suprema le da en su sentencia de exequibilidad de diciembre 1º de 1.983.

Cuando la norma dispone que " para la tasación de los perjuicios.....deberá examinarse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia" está señalando una pauta de gran significación, pero no está imponiendo como prueba única de ingresos esa declaración.

La pauta es significativa y de sentido ético y moralizador porque impide que los demandantes que presentaron declaración de renta pretendan obtener una indemnización del Estado con base en ingresos superiores a los declarados en sus denuncios rentísticos. No es correcto que alguien le denuncie al Estado, para efectos impositivos, un determinado ingreso pero luego, cuando busca indemnización de ese mismo Estado para su propio favorecimiento, diga que tales ingresos fueron superiores.

No puede olvidarse que esa denuncia se hace bajo juramento y que ante la posibilidad de demostrar un ingreso mayor al declarado ella es una confesión que hace plena prueba sobre el ingreso. El denuncio hecho, al ser desfavorable en comparación con documento posterior (unos libros de contabilidad, por ejemplo), constituye pura y simplemente, una declaración de parte que perjudica a la persona que la hace. No significa lo anterior que si la persona no ha declarado renta no podrá demostrar su ingreso efectivo. No, porque la omisión le producirá sanciones tributarias, pero no le podrá impedir la demostración del perjuicio en sus límites reales y propios. También facilita ese artículo 10 de la ley 58 la constatación de la realidad fáctica de ciertos demandantes, los que se presentan alegando que dependían en un todo económicamente de la persona afectada con la actividad administrativa; constatación que puede desvirtuar la causa para pedir alegada por la demandante.

Hay que reconocer que no debió el tribunal rechazar las declaraciones de renta como prueba del ingreso, para luego aceptarlas como tope de los

mismos. No, no fue lógico en su razonamiento, ya que debió, entonces, rechazarlas para todos los efectos. Pero en la forma adoptada (válida como tope de ingreso, pero no como prueba de éste) rompió el principio de la indivisibilidad de la prueba. En otras palabras, o debió rechazarla en su integridad o aceptarla con el mismo alcance.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá D.E. Octubre 17 de 1.990

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Consejero : *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente Nº. 5835 Actor : Roberto Duque Naranjo

Con toda consideración me separo de la decisión tomada por la Sala, porque dadas las pautas fijadas en el fallo proferido por el *ad-quem*, es incuestionable, para quien suscribe, que la condena resultará mas onerosa para la administración, situación que no se puede dar cuando el superior conoce del proveído en grado de consulta.

En los considerandos del fallo se divaga sobre la forma como se debe apreciar el lucro cesante, y se traen a colación citas tomadas de la obra de Alessandri Rodríguez y H y L Mazeaud, cuyo universo no era necesario para decidir el caso en comento, pero que sí dan margen para que en torno a ellas se especule respecto de la jurisprudencia real de la Sala, pues no alcanzan a darle al proveído fuerza de convicción.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta

Bogotá, D.E., Octubre 23 de 1.990

RECURSO DE APELACION. CONSULTA - Alcance. REFORMATIO IN PEJUS

En el proceso contencioso administrativo la apelación hecha por la entidad pública tendrá, en todos los casos, idéntica extensión a la consulta: que el superior revise, sin limitación alguna, todo lo que es desfavorable a dicha entidad.

LIQUIDACION DE CONTRATO

Cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quién y cuánto. Como lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rige en su integridad.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ CADUCIDAD

Hasta el primero de marzo de 1984, fecha en que entró en vigencia el nuevo CCA, no se había consagrado en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a contratos, motivo por el cual la jurisprudencia de la Corporación fue reiterada en el sentido de que la prescripción de las mismas estaba sujeta a las reglas del Código Civil, esto es, veinte años para la de nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. Pero a partir de la vigencia del nuevo estatuto contencioso-administrativo, se consagró, por primera vez, un término de caducidad para éstas controversias (art. 136)

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 6038 Actor : Otoniel Varela Arias

Demandado: Instituto Nacional de Fomento Municipal -INSFOPAL-

-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 Agente del Ministerio Público, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo -del Chocó, el día veinte (20) de Septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), que condenó al centro de imputación jurídica demandado al pago de la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS ($52.720.686.42), 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 él se lee:

"OTONIEL VARELA ARIAS, demanda al Instituto Nacional de Fomento Municipal -INSFOPAL-, Establecimiento público del orden Nacional, para que previo el trámite de Ley, en sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones o condenas:

"1-) Que se declare que la Entidad demandada el Instituto Nacional de Fomento Municipal "INSFOPAL", es responsable del incumplimiento del contrato C-043 de 19 de octubre de 1979 por el no pago completo o total de los valores de reajuste automático pactado. ------2-) Que se condene a la Entidad demandada Instituto Nacional de Fomento Municipal "INSFOPAL" a pagar a favor del demandante Otoniel Varela Arias las cantidades correspondientes a los siguientes conceptos:——a) En relación con el reajuste del Acta de Liquidación parcial. a.1.) La diferencia que surge entre la aplicación del índice de reajuste que utilizó la Entidad (índice fecha de recibo, Marzo 31/81 = 1.902.9) y el índice que correspondía (índice de fecha de pago julio 16/83 = 2.887.2) sobre el valor por reajuste del Acta de Liquidación parcial, $6'412.500.oo, diferencia que asciende a $5'539.758.75. a.2) La corrección monetaria

sobre el valor de la diferencia anterior, o sea $5'539.758.75 desde la fecha en que se adeuda tal suma (julio 26/83) hasta cuando el pago se verifique.———a.3.) Los intereses sobre la suma mencionada $5'559.758.75, desde cuando se hizo exigible, julio 26/83, hasta cuando el pago se verifique.———b) En relación con el reajuste del Acta de Liquidación Final.. ——b.1.) La diferencia surge entre la aplicación del índice de reajuste que utilizó la Entidad (índice fecha de recibo, Marzo 31 de 1981= 1.902.9), y el índice que correspondía (índice fecha de pago octubre 28 de 1.983 = 2.989.6), sobre el valor por reajuste del Acta final, %5.757.173, diferencia que asciende a $5.490.846.83.——b.2) La corrección monetaria sobre el valor de la diferencia anterior, 5'490.846.83, desde la fecha en que se adeuda tal suma octubre 28 de 1.983, hasta cuando el pago se verifique. b.3) Los intereses sobre la suma mencionada $5'490.846.83 desde cuando se hizo exigible en octubre 28/83, hasta cuando su pago se verifique.—— c) El valor de las sumas retenidas equivalentes al 5% del valor de las obras ejecutadas, conforme a la cláusula quinta, que asciende a la fecha de liquidación del contrato Octubre 28/83 a $239.668.96. más su corrección monetaria e intereses desde tal fecha hasta cuando su pago se verifique. - En subsidio de las peticiones a.2, a.3. b.2 y b.3, solicito que se condene a la demandada a pagar a favor del demandante los intereses comerciales moratorios que sobre el valor de la diferencia a favor por concepto de los respectivos reajustes de las Actas citadas, a que se refieren las pretensiones principales a.1 y b.1.".

"Los hechos, según el escrito demandatorio, son del siguiente tenor:

"1-) El 19 de octubre de 1.979 se suscribió el Contrato 043/79 entre Instituto Nacional de Fomento Municipal "INSFOPAL", como Entidad contratante y Otoniel Varela Arias, como Ingeniero Contratista, cuyo objeto fué la construcción de la primera etapa del acueducto y alcantarillado de Acandí y la primera etapa del acueducto de Cértegui (Chocó). ——2) En la cláusula Cuarta de dicho contrato se pactó el reajuste automático de precios para el valor de las actas de obra "con el fin de absorver las variaciones en los costos, de mano de obra, materiales, herramientas y equipos, administración y demás insumos accesorios que afectan los precios", consistente en la multiplicación del valor neto del Acta respectiva por el coeficiente de ajuste mensual, el cual ha sido establecido genéricamente por el Ministerio de Obras Públicas, teniendo en cuanta como factor preponderante la fecha de pago del Acta, y cuyas fórmulas se expresan en dicha Acta.——3) No obstante haber sido pactado el reajuste automático de los precios, que obedece a un principio de equilibrio contractual a que está obligada la Nación con establecimientos públicos, que ha sido elaborada por el Ministerio de Obras y Transporte, y reconocida por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, la Entidad demandada, no aplicó la fórmula de reajuste teniendo en cuenta el mes

de pago sino el mes de recibo de las obras, procediendo a pagar con notable dilación, inclusive años más tarde las obras ejecutadas, con grave perjuicio de los derechos del Ingeniero Contratista, como se ilustra en el cuadro que aparece a continuación en el que figuran cuantificadas las diferencias a cargo de la Entidad.——a) Reajuste Acta de Liquidación parcial. ——Nota: Se toma como fecha del Acta el punto #1 del Acta No. 5 del Comité de Subdirectores del 24 de junio de 1982.——Valor Acta de Liquidación (Parcial).....$ 6'142.500——Reajuste según índice MOP Indice fecha de pago (Junio 26/83) = 2.887.2—— Indice fecha cierre lict. (Junio/79)=.....1.139.4—Porcentaje de reajuste: 2.5340-1 ——Reajuste $6.412.500 X 1.5340....$9'836.775.——Reajuste efectuado por Insfopal ——Indice fecha recibo (Marzo 31/81) =....1.902.9 —— Indice fecha cierre lict. Junio/79) =.....1.139.4——Porcentaje de reajuste:....1.6701-7———$6.412.500 X 06701....(4'297.016.25). Diferencia valor reajuste entre las dos liquidaciones—(Saldo a favor del Dr. Otoniel Varela).....$5'539.758.70 b) Reajuste Acta de Liquidación Final. Valor Acta de Liquidación .....$5'757.173.69.—Reajuste según índice MOP Indice fecha de pago (octubre 28/83) =2.989.6——Indice fecha cierre lict. 1.1139.4 Porcentaje de reajuste: 2.62384-1 reajuste $5.757.173.79 X 1.62384=.....$9'384.728.92 Reajuste efectuado por Insfopal.——Indice fecha recibo (Marzo 31/81) = 1.902.9——Indice fecha cierre lict. (Junio/79) = 1.139.4 Porcentaje de reajuste 1.6701-1 Reajuste $5.757.173.69 X 0.6701 = ($3'857.88209)——Diferencia valor reajuste entre las dos liquidaciones.—(saldo a favor Dr. Otoniel Varela).....$5'490.846.83".

"La Entidad demandada contesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por considerar que el reajuste, debió solicitarse sobre el total del Acta de Liquidación Final, con presentación oportuna de la respectiva cuenta de cobro. Además, agrega, el Acta de Liquidación Final, no es reajustable, ya que aquel se produce durante el desarrollo y ejecución del contrato, sobre cada una de las actas de recibo de obra. Además propone la excepción de prescripción de la acción, ya que de conformidad con el antiguo régimen, la acción prescribía en tres (3) años, según art. 28 del Decreto 528 de 1.964.

"El apoderado del demandante, en esta misma oportunidad procesal considera que las pruebas son suficientes para acceder a su pedimento.

"CONSIDERACIONES DE LA SALA:

"Con el objeto de precisar si en el presente proceso resulta viable dictar sentencia de fondo que desate las pretensiones de la demanda y tenga mérito de cosa juzgada, o si por el contrario resulta procedente inhibirse de fallar, procede en primer lugar determinar el aspecto disputado sobre la oportunidad de presentación de las acciones del demandante, Ingeniero

OTONIEL VARELA ARIAS, pues la parte demandada sostiene su prescripción con base en lo dispuesto en el art. 28 del Decreto 528 de 1964.

"No existe duda de que la acción incoada es aquella a que refiere el artículo 87 del Decreto 01 de 1984, o actual Código Contencioso Administrativo, por cuanto las pretensiones hacen relación al cumplimiento de los Contratos allí aludidos, por parte de la Entidad demandada "INSFOPAL" en cuanto al pago de distintas sumas de dinero, como se observa en la demanda. En la parte introductoria del libelo, se hace alusión expresa a la naturaleza de la acción que se ejerce, al manifestar "para que en - ejercicio de la acción que emana del contrato C-075 de 1978 cuyo objeto fue la construcción del alcantarillado de Tadó" etc. Lo cual se confirma al citarse el numeral 8o. del artículo 132 sobre competencia para radicarla en este Tribunal, norma que se refiere precisamente a las controversias relativas a los contratos administrativos.

"Por este primer aspecto, resulta inadecuada la cita que el art. 28 del Decreto 528 de 1964, hace el apoderado en al Entidad demandada, porque esta norma se refiere a una situación completamente diferente, que no tiene nada que ver con el caso a estudio, cual es la acción indemnizatoria por hechos u operaciones de la Administración que puedan originar responsabilidad por daños ocasionados a los particulares, precisamente cuando no existe vínculo contractual.

"Despejado el punto anterior sobre la naturaleza de la acción, corresponde aclarar si el asunto *sub-lite*, la acción se presentó oportunamente.

"Durante el período de la Ley anterior a la (sic) actual Código Administrativo, es decir, bajo la vigencia del Decreto 528 de 1964, las acciones relativas a los Contratos de la Administración de regían por la Institución de la prescripción ordinaria y como dicho estatuto no contempló un término específico, resultaba aplicable el art. 2536 del Código Civil, o sea el término de 20 años para extinción de la acción. Esta situación permaneció hasta el 1o. de marzo de 1984, fecha en que empezó a regir el actual Código Contencioso Administrativo, en cuyo inciso 7o. del art. 136, se estableció, ya no un sistema de prescripción sino de caducidad, modificando la Institución aplicable, de dos (2) años para las acciones relativas a contratos.

"De esta manera, surgen tres (3) posibilidades:

A) Que se trate de una controversia relativa a un Contrato suscrito antes del 1o. de marzo de 1.984 y cuya acción se haya presentado antes de esa fecha, caso en el cual la Institución aplicable es la de la prescripción con

un término ordinario de veinte (20) años, contados a partir de la fecha en que ocurrió el incumplimiento.

"B) Que se trata de un Contrato, celebrado con posterioridad al 1o. de marzo de 1.984, y cuya acción se haya presentado después de esa fecha la institución aplicable es la de la caducidad, y el término de dos (2) años, contados a partir del incumplimiento del contrato;

"C) Que es la correspondiente al caso que nos ocupa en que se presenta una situación mixta, porque se trata de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo del 1o. de marzo de 1.984, pero que la acción se haya incoada con posterioridad a esa fecha, hipótesis en la cual la institución aplicable es la de caducidad y el término es de dos (2) años, contados a partir de la vigencia del actual Código, porque a ella se aplica el inciso 7o. del art. 136 mencionado.

"Como la demanda que originó el presente proceso fué presentada exactamente el último día en que se venció dicho término de dos (2) años, el 1o. de marzo de 1986, resulta sin lugar a dudas que la acción fué incoada en tiempo, y por lo tanto, es del caso proceder a dictar sentencia de fondo puesto que se observa que se encuentra reunido la totalidad del presupuesto procesal.

"La interpretación que consta en los anteriores párrafos, resulta uniforme con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, radicadas en las sentencias de 30 de octubre de 1983 del H. Magistrado doctor Julio César Uribe Acosta y del 18 de noviembre del mismo año, con ponencia del H. Magistrado doctor Carlos Betancur Jaramillo, que aparecen publicadas en la Revista Jurisprudencia y Doctrina de febrero de 1987. (No. 182, pág. 163 y ss), de las cuales suscribo la siguiente parte:

"En este orden de ideas se anota: las controversias contractuales, adscritas al conocimiento de la jurisdicción administrativa por el Decreto 528 de 1964, no estaban sometidas a términos de caducidad; durante la vigencia de dicho Estatuto fue reiterada la jurisprudencia en el sentido de que tales asuntos estaban regidos por los términos de la prescripción extintiva de las acciones (Artículo 2536 de C.C.). Así mismo se sostuvo en esa época, que la caducidad contemplada en el artículo 28 del mencionado Decreto 528 se aplicaba solo a las acciones de Reparación directa (responsabilidad por hecho u omisiones), y no a las contractuales.-

"Esta situación permaneció hasta el 1o. de marzo de 1984, fecha de iniciación de la vigencia del nuevo Código Administrativo, el cual expresamente señaló el plazo de caducidad para las controversias de tipo contractual.- Frente a las controversias originadas con posterioridad

a esa fecha, nada hay que discutir. Su caducidad está señalada en el inciso 7o. del artículo 136, o sea dos años contados a partir de la expedición de los actos administrativos o de ocurridos los hechos que den lugar a ella. La duda surge, como sucedió en el caso concreto, cuando la controversia tuvo origen con anterioridad al nuevo Código y cuando no se daba la caducidad sino la prescripción. - Es un hecho que cuando empezó a regir el Decreto 01 la acción contractual no estaba prescrita. Pero lo que era de prescripción se volvió de caducidad por mandato del legislador. Por lo tanto, el que estaba en vía de prescribir no podía alegar ante la nueva ley, un derecho adquirido a la prescripción y menos a un término determinado para su ejercicio. De tal manera que la acción que aún no se había ejercido quedó cobijada por el estatuto que señaló el término de caducidad de dos años. Y como no se puede tener efecto retroactivo pero sí inmediato, su oportunidad no podía extenderse más allá de ese plazo o sea hasta el 1o. de marzo de 1.984".

"b) Hecha la prescripción jurídica anterior, es conveniente recordar, igualmente, que hasta el primero de marzo de 1984, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo, no se había consagrado en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a contratos, motivo por el cual la jurisprudencia de la Corporación fué reiterada en el sentido de que la prescripción de las mismas estaba sujeta a las reglas del Código Civil, esto es, veinte años para la de nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. Pero a partir de la vigencia del nuevo estatuto contencioso administrativo, se consagró por primera vez, un término de caducidad para estas controversias, que es el que aparece en el artículo 136 de la citada obra, que en lo pertinente reza: "las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella.".

"C) El anterior marco jurídico conceptual, permite concluir que toda controversia contractual surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo C. C. Administrativo, y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el primero (1o.) de marzo de 1.984, esto es, que debía someterse a la definición de las tribunales correspondientes en el término de dos (2) años, contados a partir de ese momento. El interesado en la defensa de sus derechos subjetivos no puede, pues, alegar que se le aplique el fenómeno de la prescripción de veinte años. o menor según el caso, pues ya se precisó los dos fenómenos son distintos, estando este último relacionado con las leyes que norman el procedimiento que son de orden público y por ende, de aplicación inmediata".

"Entra la Sala entonces, a decidir sobre las pretensiones de la demanda:

"La responsabilidad que se predica de la Administración, por el incumplimiento de los contratos administrativos, no es la consagrada en el Código Civil que rige para los particulares, sino a falta de normas administrativas.

"Los perjuicios indemnizatorios deben de estar debidamente determinados.

"En el caso *sub-judice* señaló como daño "los mayores costos que asumió el demandante por mayor tiempo de ejecución de la obra" que son precisamente a los que se refiere anteriormente.

"Respecto de las ganancias del capital inmovilizado que dejó de producir la renta usual a que tiene derecho todo capital en el mayor tiempo transcurrido en la ejecución de la obra, se traduce en el reconocimiento de los intereses legales correspondientes sobre la suma que determine en el incidente de liquidación de la condena por concepto de mayores costos causados y no pagados por Instituto Nacional de Fomento Municipal , dentro del período que efectivamente se causaron.

"Cuando se presentan alteraciones en el equilibrio económico del Contrato Administrativo, bien por hechos imputables a la Administración o ya por circunstancias excepcionales, aquella está obligada conforme a las diversas formas que arbitra el ordenamiento jurídico, a auxiliar al Contratista, a fin de lograr el mayor equilibrio económico de la relación jurídica administrativa.

"El sinalagma funcional del Contrato Administrativo, implica que la alteración de uno de los extremos de la relación jurídica, ocasiona la variación del otro. Si la posición económica del Contratista, es modificada por la imposición de nuevas obligaciones o cargas, la Ley prevé como contraprestación, la alteración de las obligaciones a cargo de la administración, para que ésta se avenga a restaurar el equilibrio económico del Contrato, y hacer conciliar los intereses de ambas partes que no se encuentran en un estado de conflicto, sino, de colaboración para la realización del interés público, que es el fin del contrato.

"La administración está obligada en los términos establecidos en la Ley, a proceder al restablecimiento de la equivalencia económica, cuanto ésta sea alterada.

"Eustorgio Sarria, enuncia como fundamento de la responsabilidad contractual, que: "La administración debe, celosamente, cumplir con sus obligaciones, de modo principal, las económicas y fiscales, colocando siempre al contratista o contratante en posibilidad de cumplir las suyas". La obligación de restablecer la equivalencia económica es una consecuencia de la buena fe y de la reciprocidad de prestaciones en los

contratos bilaterales; es por ello; por lo que la doctrina científica considera que el contrato administrativo es un auténtico contrato, puesto que, no obstante la posición privilegiada de la administración para modificar el contenido de la relación jurídica, siempre existirá a favor del contratista un derecho de indemnización, como contrapartida al uso de esas potestades, que le permitirá una estabilidad en su esfera jurídica.

"En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley,

RESUELVE:

"ARTICULO PRIMERO.- CONDENASE al Instituto Nacional de Fomento Municipal -INSFOPAL-, a pagar al doctor OTONIEL VARELA ARIAS, la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON 42/100 ($52.720.686.42), conforme peritazgo rendido, que obra a folios 129 al 131 del expediente.

"ARTICULO SEGUNDO.- El pago de la mencionada suma, deberá hacerse de acuerdo a los artículo 176, 177 y 178 del Decreto 01 de 1984". (Folios 155 a 162 Cdno No. 1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 165 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el Fiscal apelante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

"Leyendo y analizando el documento que está a punto de constituirse en la sentencia del proceso, encuentro que la Magistrada AMPARO VELASQUEZ AYALA ha hecho salvamento de voto respecto de dicha sentencia y lo ha hecho con fundamento en que la demanda que sirvió de punto de partida a la investigación Administrativa nunca debió admitirse debido a que cuanto fué presentada, ya la acción que recibía con ella vida jurídica estaba caducada.

"Motivado por semejante afirmación, entraremos a analizar las diferencias incidencias contenidas en la demanda y encontramos en ella lo siguiente, con efecto.

"1. Se trata de una acción REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO, para lo cual, en los términos de la entonces vigente Decreto Ley 528 de 1964, tenía un plazo de tres (3) años contados a partir del hecho perjudicial para accionar pero por un involuntario error de omisión, este detalle no fue tenido en cuenta al momento de decidir acerca de la admisión de la demanda, en forma que se admitió ésta realmente, cuando era palmario que no debió serlo porque cuando fué presentada la tal demanda, ya habían transcurrido más de tres (3) años de sucedido el hecho dañino; la obra fue entregada a entera satisfacción el día 30 de Septiembre de 1980, y la demanda solo vino a ser presentada el día 1o. de Marzo de 1.986, cuando la acción había caducado desde el día 30 de Septiembre de 1983, de modo que habían transcurrido más de seis (6) años tiempo excesivo para que se obrase la caducidad de la acción reparadora.

"Las declaratorias de nulidad podrán alegarse o proponerse en cualquier momento del proceso, más aún cuando se trata de casos como el presente en el que se ha demostrado por la distinguida Magistrada que ha salvado su voto, que nos encontramos en presencia de una acción que jamás debió iniciarse por falta de competencia del Tribunal. En tales condiciones con todo comedimiento manifiesto que interpongo el Recurso de Apelación contra la sentencia que se me notifica a fin de que el superior al revisar coloque las cosas en su lugar mediante la Revocatoria de dicha sentencia y consiguiente declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del auto comisorio de la demanda por falta de competencia en el Juzgador de primera instancia.". (folio 165 166 Cdno No. 1).

-III-

CONDUCTA PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA DEL PROCURADOR JUDICIAL DE PARTE ACTORA

Dentro del término de la ley, alegó de conclusión, como se desprende del escrito que obra a folios 181 y siguientes del cuaderno No. 1. En lo sustancial del mismo, destaca:

"RAZONES DEL RECURRENTE

"El Ministerio Público planteó su inconformidad con la sentencia del *a-quo*, con base en el único argumento de que la acción está caducada.

"Dijo lo siguiente:

"Se trata de una reparación directa en cumplimiento, para lo cual, en los términos de la entonces vigente de Decreto Ley 528 de 1964, tenía un plazo de tres (3) años contados a partir del hecho perjudicial para accionar pero con un involuntario error de omisión, este detalle no fué

tenido en cuenta al momento de definir acerca de la admisión de la demanda, en forma que se admitió esta realmente, cuando era palmario que no debió serlo porque cuando fue presentada la tal demanda, ya habían transcurrido más de tres (3) años de sucedido el hecho dañino; la obra fue entregada a entera satisfacción el día 30 de Septiembre de 1980, y la demanda sólo vino a ser presentada el día 1 de marzo de 1986, cuando la acción había caducado desde el día 30 de septiembre de 1983, de modo que habían transcurrido más de seis (6) años tiempo excesivo para que se obrase la caducidad de la acción reparatoria.

"Este planteamiento de la Sra. Fiscal, está totalmente equivocado y no amerita mayor análisis, pues parte del erróneo supuesto de que la presente acción es de las llamadas de "Reparación Directa y Cumplimiento", lo cual es contrario a la evidencia del proceso.

"Al folio #2 del Cuaderno # 1, aparecen las pretensiones del demandante, de las cuales se infiere sin sombra de duda que la presente es una acción contractual de las previstas en el artículo 87 de C.C.A. y no de las de Reparación Directa y Cumplimiento, establecidas en el artículo 86 idem.

"Esto se aprecia de bulto y no requiere de mayor análisis.

"Es lamentable observar como, la Sra. Fiscal confundió la acción contractual con la de Reparación Directa y Cumplimiento, claramente diferenciadas en el Decreto 001 de 1984, para llegar a la absurda conclusión que la acción estaba caducada. Confundió la responsabilidad contractual con la extracontractual.

"Igual error cometió la apoderada de Insfopal.

"Siendo la presente una acción contractual, es aplicable el criterio jurisprudencial acogido en la sentencia, que, basándose en lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado, afirmó:

"....Bajo la vigencia del Decreto 528 de 1964, las acciones relativas a los Contratos de la Administración se regían por la Institución de la prescripción ordinaria y como dicho estatuto no contempló un término no específico, resultaba aplicable el artículo 2536 del Código Civil, o sea el término de veinte años para la extinción de la acción.

"Esta situación permaneció hasta el 1o. de marzo de 1984, fecha en que empezó a regir el actual Código Contencioso Administrativo, en cuyo inciso siete del artículo 136 se estableció, ya no un sistema de prescripción sino de caducidad, modificando la institución aplicable de dos (2) años para las acciones relativas a los contratos.

"De esta manera, surgen tres (3) posibilidades:

"A)....

"B)....

"C) Que es la correspondiente al caso que nos ocupa se presenta una situación mixta, porque se trata de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo del 1 de marzo de 1984, pero que la acción se haya incoado con posterioridad a esa fecha, hipótesis en la cual la institución aplicable es la caducidad y el término es de dos (2) años, contados a partir de la vigencia del actual Código porque a ella se aplica el inciso 7 del artículo 136 mencionado.

"Como la demanda que originó el presente proceso fué presentada exactamente el último día en que venció el término - dos (2) años, el 1 de marzo de 1986, resulta sin lugar a dudas que la acción fué incoada en tiempo, y por lo tanto, es del caso proceder a dictar sentencia de fondo, puesto que se observa que se encuentra reunido la totalidad del presupuesto procesal....

"Sobre este particular, la sentencia del Tribunal transcribe en el folio 159 del cuaderno principal, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en sentencia del 30 de octubre de 1.983, con ponencia del Dr. Julio César Uribe Acosta, y del 18 de noviembre del mismo año y con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, providencias que sostienen el mismo planteamiento doctrinal de la sentencia.

"En este orden de ideas, salta a la vista, que no tiene razón el apelante, pues su planteamiento es contrario a las argumentaciones anteriormente mencionadas, y a la evidencia del proceso.

"EL ESCRITO DE LA DEMANDA

"1. - Pero además, la apoderada de Insfopal, desconociendo la reiterada doctrina del Consejo de Estado sostuvo en el curioso memorial en el que pretende actuar como fiscal del Tribunal del Chocó, que la acción contractual caducaba el 28 de febrero de 1986, por lo que erradamente concluyó que la demanda fué presentada cuando ya estaba caducada la acción contractual, con lo cual, implícitamente desestimo su propia argumentación anterior lo mismo que el del fiscal apelante, para aceptar tácitamente que el presente proceso no es de los llamados de reparación directa y cumplimiento, con lo que se opuso al único argumento esgrimido por la Fiscal apelante.

"La realidad es que la demanda fué presentada dentro de los términos de ley, es decir de 1 de marzo de 1986. Para clarificar este punto, transcribió a continuación algunas providencias del H. Consejo de Estado, sobre el particular:

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

"Se entiende esto no sólo por efecto inmediato y hacia el futuro que tiene las normas procesales, sino porque el principio contenido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1.887 sólo es aplicable en materia de prescripción, que le permite al prescribiente optar entre uno y otro término, según su conveniencia...." Sentencia de veintiuno (21) de mayo de 1987, Actor: Dioselina Arce Castaño. Consejero Ponente Dr. Carlos Jaramillo. (sic)

"En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en providencia del 17 de Febrero de 1987, Expediente 5033, Actor Sara Emilia Mozo Lastra, Ponente: Dr. Uribe Acosta.

"2.- El curioso y poco serio memorial de la apoderada de Insfopal, en el que abusivamente pretende sustituir a la Sra. Fiscal en sus funciones, sostiene que el dictamen pericial no puede ser apreciado, pues el Tribunal de Primera instancia no consideró las objeciones que se formularon.

"Olvida la apoderada que el Insfopal no canceló oportunamente los honorarios de los peritos y por esto, su escrito no podía ser atendido.

"Este argumento del apoderado de Insfopal tampoco puede ser considerado por el *ad-quem*, pues no fué motivo de la apelación presentada por el único apelante legítimo.

"3. La objeción formulada al pago de los ajustes de precios, es igualmente inaceptable, pues cuando se ordena el pago de una indemnización, no puede encasillarse al juzgador a los formalismos contractuales; no puede actuarse sobre la falsa premisa de que el contrato se cumple en su totalidad, porque, como en el presente caso, la parte incumplida obtendría un provecho ilícito o enriquecimiento sin causa justificada.

"En efecto. Si como, sucedió en el presente caso, el interventor, (como representante de la entidad contratante hoy demandada), arbitrariamente y con violación del contrato se abstiene de recibir una obra correctamente

ejecutada dentro del acuerdo contractual, ello no puede servir de pretexto a la entidad oficial para el no pago de los ajustes debidos al contratista.

"La injustificada demora de Insfopal en el recibo de las obras y en la formalización de las actas, no puede ser alegada como causa justificativa del no pago de reajustes al contratista.

"Este argumento del apoderado de Insfopal tampoco puede ser considerado por el *ad-quem, pues no fué motivo de la apelación* presentada por el único apelante legítimo.". (folio 181 a 185 Cdno No. 1).

-IV-

VISTA FISCAL:

La Fiscal Segundo de la Corporación, en su concepto de fondo, solicita que el fallo sea revocado para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"Estudiado el expediente, este despacho procede a rendir el concepto solicitado.".

"En relación con la caducidad de la acción, encuentra que las razones dadas en la sentencia se ajustan a derecho y a la interpretación que ha hecho la Sección Tercera de esta Corporación. Por estar de acuerdo con todo lo expresado por el Tribunal, no encuentra necesario entrar a repetir lo expresado en la sentencia.

"El representante de la parte Actora, en memorial presentado durante el trámite de la apelación, afirma, que solo se debe estudiar lo referente a la caducidad, por haber sido ese el único argumento que se presentó para sustentar el recurso de apelación.

"Sobre este punto habrá que recordar que en tratándose del proceso contencioso administrativo en donde existe el grado de consulta a favor de la Administración, cuando el Consejo de Estado conoce del recurso de apelación, interpuesto por cualquiera de las partes o el Ministerio Público, tiene plenos poderes o facultades para revisar todos los aspectos del expediente, los tratados en la sentencia y aún los que ésta no cuestionó.

Es pues un deber, una obligación del superior revisar todos los puntos sometidos a juzgamiento y contenidos en la demanda y sobre los que ha debido pronunciarse el inferior.

"En la demanda se solicita el pago por concepto de reajuste del Acta de Liquidación parcial, la cual corresponde al Acta No. 5 de fecha 24 de junio de 1982, según los hechos de la demanda.

"Al folio 54 del cuaderno principal aparece dicho documento. Hay que destacar, que de su enunciado y contenido no se puede afirmar que esa Acta sea liquidación parcial como equivocadamente la denomina el Actor.

Dicha Acta es un Acta de reunión del comité de Subdirectores del Insfopal en la cual se sometió a consideración la legalización de una mayor cantidad que obra realizada durante la ejecución del contrato 043/79.

"Debe advertirse, que durante el desarrollo del presente contrato, las partes optaron por un procedimiento totalmente irregular para lograr la cancelación de unas obras realizadas y que no aparecieron pactadas en el contrato inicial.

"La forma utilizada fue la de Actas Adicionales, como puede verse en las copias que aparecen anexadas al folio 92 y siguientes y al folio 95 de C-1.

"En todo caso, el Acta No. 5 de 24 de junio de 1982 que el Actor llama de liquidación parcial, no lo es, pues ella corresponde a un acta de reunión del comité. Lo que en dicha acta señaló como antecedentes del contrato No. 043/79 y sobre el aspecto económico de ese contrato, no corresponde a lo que el demandante señala como cifras de la "liquidación parcial" en el folio 6 de la demanda.

"Tenemos pues, que no siendo el Acta No. 5 de 24 de junio de 1982 un acta de liquidación del contrato No. 043/79, resulta imposible referirnos a ella como punto de partida para determinar si se hicieron o no correctamente los reajustes periódicos.

"Los reajustes anteriores fueron pactados en la cláusula 4a. del contrato para aplicarse sobre el valor de las actas mensuales y previo el cumplimiento de ciertas condiciones .

"Fué así como en dicha cláusula se estipuló: "...tendrán derecho a reajuste automático mensual, solamente aquellas cuentas correspondientes a obra ejecutada dentro de los programas de trabajo previamente aprobados por la INTERVENTORIA . El reajuste se hará multiplicado el valor del Acta de Recibo mensual por el coeficiente de reajuste I/ lo obtenido como se indica más adelante, con la aplicación de la siguiente fórmula: P =Po I/lo en donde P es el valor del Acta reajustada.

"Po = Valor del Acta mensual sin reajustar. I = Coeficiente mensual de reajuste correspondiente al Grupo II del Boletín del Ministerio de Obras Públicas y Transporte; lo es el índice del mes en el cual se cerró la licitación o sea lo = 1.139.4. El interventor y el Contratista elaborarán mensualmente Actas de obras ejecutadas a satisfacción. Los reajustes se harán a cada Acta mensual particular; por consiguiente el contratista se compromete a hacer entregas mensuales de obra en forma tal que en ninguna Acta aparezca obra ejecutada en diferentes meses. Si en un determinado mes no se ejecuta obra, deberá dejarse constancia de este hecho en el Acta siguiente....".

"En los cuadernos que aparecen como anexo, obran algunas Actas parciales y de reajuste, pero en ellas no se hace constar la fecha de presentación de las respectivas cuentas de cobro. Así por ejemplo, al folio 52 del anexo 3 aparece un Acta de recibo de obra de fecha Enero de 1980 y al folio 67 del mismo cuaderno aparece el Acta reajuste del Acta anterior pero sin fecha y sin referencia a la cuenta de cobro que debió pasar el interesado.

"Tampoco es posible establecer, si la obra ejecutada durante el mes y por cual se reclama el pago, se hizo dentro de los programas de trabajo previamente elaborados por el Contratista y aprobados por el interventor. Este aspecto, que ha debido ser probado por el demandante, no fué tenido en cuenta en la demanda ni demostrado durante el trámite del proceso.

"En la demanda no se hizo una relación pormenorizada y completa de las diferentes cuentas de cobro en donde debieron aplicarse los índices de reajustes que el Actor solicita. Debe destacarse, que las Actas parciales que aparecen en los anexos y también el Acta de liquidación final, fueron firmadas por el Contratista en señal de aceptación, pues en ninguna de ellas se dejó constancia de su inconformidad.

"De la lectura del dictamen pericial visible al folio 129 C-1 se aprecia, que éste se basó en los mismos cálculos que el Actor realizó en la demanda, y como ya se dijo anteriormente, cuando se analizaron las pretensiones y las pruebas allegadas, éstos son imprecisos y deficientes. El dictamen pericial así rendido, debió ser desechado.

"Por todo lo expuesto, en el presente caso las pretensiones del Actor no pueden prosperar. En consecuencia esta Fiscalía se permite solicitar a la Sala se revoque la sentencia apelada.". (folios 188 a 192 Cdno No. 1).

-V-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La Sala entra, en primer lugar, a definir el aspecto relacionado con la caducidad, pues él ha sido planteado tanto por el apelante como por la apoderada del centro de imputación jurídica demandado. En esta materia, se reitera la pauta jurisprudencial que se fijó en sentencia de octubre 1 de 1.987. Expediente No. 4071. Actor: Alvaro de la Hoz Peña. Consejero Ponente: Doctor JULIO CESAR URIBE ACOSTA, donde se lee:

> "1a. Es ya tradicional en la jurisprudencia y la doctrina la distinción entre los fenómenos jurídicos de la prescripción y la caducidad como que el primero tiene su fundamento en "..la presunción de liberación resultante de la inacción prolongada del acreedor, en tanto que la caducidad requiere el transcurso del plazo fijo señalado en la Ley para ejercitar la acción, como se precisó en providencia proferida dentro del expediente No. 4852. Actor: Luis Medina Cáceres, Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango;
>
> "2a. Hecha la precisión anterior, es conveniente recordar, - igualmente, que hasta el primero de Marzo de 1.984, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo, no se había consagrado en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a contratos, motivo por el cual la jurisprudencia de la Corporación fue reiterada en el sentido de que la prescripción de las mismas estaba sujeta a las reglas del Código civil, esto es, veinte años para la nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. Pero a partir de la vigencia del nuevo estatuto contencioso-administrativo, se consagró , por primera vez, un término de caducidad para éstas controversias, que es el que aparece en el artículo 136 de la citada obra, que en lo pertinente reza: "Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella.".
>
> "3a. Dentro del anterior marco jurídico-conceptual es lógico concluir que toda controversia contractual, surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo C.C. Administrativo, y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el primero (1o.) de Marzo de 1.984, esto es, que debía someterse a la definición de los tribunales correspondientes en el término de dos años, contados a partir de ese momento. Pero las surgidas con anterioridad a la vigencia del nuevo estatuto contractual, cuyas demandas también se presentaron ante los jueces competentes, antes de ese momento en el tiempo físico, como es el caso en comento, siguieron gobernadas por el fenómeno de la prescripción de veinte o cuatro años, según el caso. Por

ello no es posible predicar que, respecto de ellas, opera el término de cuatro meses a que hace referencia al apoderado de la parte actora.".

Aplicada la anterior filosofía, el caso en comento, se tiene que la demanda fue presentada ante el *a-quo* el día primero (1o.) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986), como se lee en la constancia secretarial que obra al folio 67 vuelto del Cuaderno Nro. 1. Así las cosas, se impone concluir que la acción no estaba caducada cuando se instauró, verdad jurídica que es la misma que se manejó en la jurisprudencia en antes citada. En ésta materia no puede perderse de vista que el inciso segundo del artículo 67 del Código Civil, preceptúa:

"El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29 , 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos" (Subrayas de la Sala).

B) No obstante la realidad que se deja estudiada, el fallo proferido por el *a-quo* será revocado, pues en él se olvido que las partes suscribieron sin observaciones EL ACTA DE LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO No. 043, la cual obra al folio 81 y siguientes del Cuaderno Nro. 1. Así las cosas, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de 17 de Mayo de 1.984, Expediente Nro. 2796, Actor: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Consejero Ponente, Dr. José Alejandro Bonivento, en la cual se lee:

"...debe estudiarse el alcance del acta, que está asistida de presunción de validez, puesto que al otorgarse por los contratantes o sus respectivas autorizados representantes, compromete su veracidad como negocio jurídico. Esta Sala ha tenido ocasión de referirse a este asunto, en los siguiente términos:

"Es evidente que cuando se liquida un contrato y *las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno*, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. *La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quien y cuánto*. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rige en su integridad" (Sentencia, Sección III, Expediente 1960).

"Esto es, el acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad, sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o

exentos de cualesquiera de los vicios que pueda afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir efectos que se dice en él...". (Anales Primer Semestre 1.984, pág. 689).

C) En apoyo de la anterior perspectiva viene el principio de la dogmática jurídica que enseña que no es lícito a las partes venir contra sus actos propios.*"VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET*". Sobre éste particular el Profesor Jesús González Pérez, enseña:

"Que la norma conforme a la cual "a nadie es lícito venir contra sus propios actos" tiene su fundamento y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto DIEZ PICAZO y ha venido corroborando la doctrina posterior.

"La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1.987", la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto...."(El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, págs. 117 y ss.ss).

D) La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el apoderado de la parte actora, en su alegato de conclusión, cuando predica que siendo el apelante el Ministerio Público, el *ad-quem* sólo puede ocuparse de los motivos de inconformidad que éste planteó al sustentar el recurso. Y no la patrocina, porque la entidad pública no puede restringir la apelación, y si lo hace, el *ad-quem* no podrá tener en cuenta esa circunstancia, porque en todo lo desfavorable para ella se entiende que el asunto, así haya sido apelado por ésta, también viene al superior en grado de consulta. Si la administración pudieran apelar, con restricciones, estaría desconociendo el mandato legal de la consulta y su alcance, y resultaría para ella más gravoso recurrir que dejar que la providencia se consultara, lo cual no se conforma con la lógica de lo razonable.

En otras palabras: en el proceso contencioso administrativo la apelación hecha por la entidad pública tendrá, en todos lo casos, idéntica extensión a la

consulta: que el superior revise, sin limitación alguna, todo lo que es desfavorable a dicha entidad.

E) Para darle fuerza de convicción a la sentencia, a la luz de la ley y el derecho, y dentro del marco que se deja explicado en el literal anterior, se tiene que si la Sala no se hubiese ocupado del ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO, suscrita sin observaciones por la parte demandante, y cuyo alcance jurídico no vio el Fiscal apelante, ni la apoderada del centro de imputación jurídica demandado, en su alegato, el Instituto Nacional de Fomento Municipal -INSFOPAL- tendría que pagar una suma superior a los CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS ($52.000.000.oo), lo cual no sería justo. Por algo se enseña que el Derecho es justicia, o no es.

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.) REVOCASE la sentencia proferida el día veinte (20) de Septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), por el Tribunal Administrativo del Chocó, por las razones dadas en los considerados de éste proveído, y, en su lugar,

RESUELVE:

a) Deniéganse las pretensiones de la demanda;

b) Se condena en costas a la parte actora. Tásense por la Secretaría;

2o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de Sala*; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. mayo 17/84, exp. 2796, actor Federación Nacional de Cafeteros, ponente Dr. José A. Bonivento Fernández.

NOTA DE RELATORIA: REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. oct. 1/87,exp. 4071. Ponente Dr. URIBE ACOSTA.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ACTO SEPARABLE. DEMANDA - Interpretación

Puede escogerse la vía del proceso de nulidad y restablecimiento y en consecuencia atacar sólo el acto administrativo, separable o no, en cuyo caso no podrá discutir aspectos contractuales distintos del de la validez del acto mismo y solicitar la reparación de los perjuicios que se deriven directamente del acto que el juez llegue a anular. Si en la demanda se dice expresamente que se solicita la nulidad de un acto administrativo y el consiguiente restablecimiento del derecho conculcado por aquél y luego en las peticiones se pide esa nulidad y como restablecimiento que se reconozcan unos derechos que ese acto desconocía no podría el juez, so pretexto de interpretar la demanda, hacerle decir, por un lado, que la acción (proceso, mejor) instaurada es contractual, sólo porque el acto administrativo se relaciona con un contrato y por el otro, que las peticiones no son las estrictas de restablecimiento a pesar de su formulación, sino que por establecerse que el proceso es contractual, el juez puede decidir sobre la validez o la existencia del contrato o estimar como restablecimiento del derecho perjuicios no ocasionados por el acto mismo sino consecuencia de un incumplimiento del contrato al cual de refiera el acto pero en asunto o tema no tratado por éste.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente Nº.5905. Actor : CINDUCOLL LTDA.

Por apelación interpuesta por ambas partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 16 de junio de 1989 (fls. 254 a 273, Cdno. Ppal.) llegó el proceso de la referencia a esta Corporación, en donde se admitió el recurso por estar ya sustentado y se corrió traslado a las partes, de las cuales sólo lo aprovechó la entidad demandada. El Ministerio Público, Fiscal 7o, rindió su concepto de fondo.

En el momento en que por el Consejero conductor del proceso se estudiaba el expediente para proferir la correspondiente providencia, se observa por el ad-quem una causal de nulidad de todo lo actuado, en esta segunda instancia, a partir del auto de fecha 14 de septiembre de 1989 (el que admitió el recurso, fl. 295, Cdno. Ppal.), a cuya declaratoria oficiosa se procede de inmediato, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. La sentencia recurrida acogió parcialmente las súplicas de las demandas correspondientes a los procesos nos. 19354 y 20754, que fueron acumulados.

2. En el primero de los citados procesos, la sociedad CINDUCOLL LTDA, solicitó que se declarara "la nulidad de las Resoluciones números 033 de 30 de enero de 1984 emanada por la Gerencia General de las Empresas Públicas de Medellín, relacionadas con la declaratoria de caducidad del contrato no. SCN-218-E..." por haber sido dictadas extemporáneamente y que como consecuencia de tal declaración, "se condene a las Empresas Públicas de Medellín al pago de perjuicios a favor de Cinducoll Ltda., por una suma igual al 10% de la cantidad de $8´256.711.00, valor del contrato, o sea la suma de $825.671.70, equitativa (sic) a la pactada en la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA del contrato, más intereses del 3% mensual hasta el día del pago y los reajustes monetarios..., o lo que resulte probado", igualmente se impetró que se declarara resuelto el contrato, se procederá a su liquidación y se cancelarán las pólizas de seguros otorgadas en relación con aquél.

Como petición subsidiaria se solicitó la misma declaración de nulidad de las citadas resoluciones, pero por falta de motivación con las consecuencias de pago de perjuicios, resolución del contrato y cancelación de pólizas.

En la misma demanda se impetró la suspensión provisional de las resoluciones cuya nulidad se pedía. (fls. 43 a 47 vto., cuaderno correspondiente al proceso 19354).

3. En el proceso distinguido con el no. 20.754, la misma sociedad CINDUCOLL LTDA. solicitó que se declarara "la nulidad de las Resoluciones números 472 del 31 de octubre y 544 del 17 de diciembre, ambas de 1985, emanadas de la Gerencia General de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, relacionadas con la liquidación del contrato No. SCN-218-C..., dado haberlo éstas liquidado prematuramente, al existir una demanda en trámite... bajo el número de radicación 19354" y que como consecuencia de dicha nulidad "se condene a las Empresas Públicas de Medellín, en pago de los perjuicios causados a Cinducoll Limitada, por sumas iguales a las cantidades determinadas en el Artículo Segundo y Tercero de la Resolución 472 del 31 de octubre de 1975 (sic), demandada, o sea los guarismos de $778.935,00 por multa y $778.935,00 por cláusula penal, para un total de $1.557.870.00 o la cifra que llegare a determinarse dentro del proceso".

Igualmente, se solicitó la suspensión provisional de los actos demandados (fls. 31 a 33, cuaderno correspondiente al proceso 20.754).

4. En la demanda correspondiente al proceso No. 19.354 en capítulo titulado "COMPETENCIA", se lee: "Es competente el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia en razón de la persona de derecho público que interviene, de la naturaleza del acto demandado y de la cuantía del contrato que es superior a $8´000.000.00 y estar consagrada la acción de nulidad en el Decreto 01 de 1984.

"Además, es el procedimiento ordinario el que debe seguirse (a 206 C: Cont. Administrativo).

En la demanda que obra en el proceso No. 20.754 en el mismo capítulo "COMPETENCIA" de dijo: "Es competente el Tribunal Contencioso de Antioquia en razón de ser las Empresas Públicas de Medellín persona de derecho público, por la naturaleza del acto demandado, la cuantía y el estar consagrada la acción en el Decreto 01 de 2 de enero de 1984, amén el procedimiento ordinario que debe cumplirse (a 206 C: Cnt. Adtivo.)".

5. Así las cosas, los procesos acumulados continuaron tramitándose bajo la misma cuerda hasta cuando se falló por el Tribunal *a-quo* en forma parcialmente favorable a las pretensiones de la parte actora, según atrás se dijo.

En dicho fallo, el Tribunal estudió lo relativo al procedimiento seguido, anotando, que en el auto admisorio de la demanda correspondiente al primer proceso (el No. 19.354) se dijo que ella se admitía "como acción de carácter contractual - restablecimiento del derecho -" y en el segundo (el No. 20.754), "como simple acción de restablecimiento del derecho", para enseguida expresar que los actos demandados (los de caducidad del contrato y los de su liquidación)

no son separables y por consiguiente , que "se controlan a través del proceso especial que regulan los arts. 217 y ss. (Procesos relativos a contratos)".

Pasa, entonces, a preguntarse "que incidencia tiene en el proceso y en la acumulación, que la acción relativa a la nulidad de la resolución de liquidación se hubiera formulado y tramitado a través del procedimiento ordinario (art. 206 y ss.)" y se contestó que no puede predicarse la causal de nulidad que comtempla el art. 152 num. 4o. del C. de P. C. (seguirse en procedimiento distinto del que legalmente correspondía) porque, en su opinión, "la única diferencia real entre el proceso ordinario y el especial relativo a contratos y reparación directa y cumplimiento, consiste en que el período probatorio es más amplio - 60 días - (art. 217) en tanto que en el ordinario, es de 30 días (art. 209). En lo demás, término de fijación en lista y traslado para alegar, son similares - (art. 207, 210 y 217 C.C.A.)", añade que en relación con la intervención de terceros, en las modalidades de denuncia del pleito, llamamiento en garantía y demanda de reconvención, contempladas expresamente en el art. 217 del C.C.A., en cuanto a procesos relativos a contratos, decisiones del Consejo de Estado han considerado que son admisibles también los procesos de restablecimiento del derecho que se tramitan por el procedimiento ordinario. Concluyo, entonces: "Así las cosas, si no se violó el derecho de defensa y a pesar de la irregularidad el proceso cumplió su finalidad, debe entenderse que el vicio no alcanza a invalidar el proceso como que se entiende saneado (art. 156 num. 4o. C. de P.C.)".

Despejado lo anterior, el a-quo de adentró a las cuestiones de fondo, sobre oportunidad para la declaratoria de caducidad, el restablecimiento del derecho, la impugnación de la resolución de liquidación y la pretensión de resolución del contrato.

6. En la normatividad existente desde la vigencia del Decreto 01 de 1984 y hasta la expedición del Decreto 2304 de 1989 las acciones relativas a contratos, como las denominaba el art. 87 del C.C.A., o las controversias contractuales, como las llama el art. 17 del citado decreto, que subrogó al 84, los actos administrativos "producidos" en la etapa contractual o postcontractual pero relacionados con el contrato se controlaban por la vía de la impropiamente denominada de la acción contractual. Se dice que impropiamente porque con tecnicismo jurídico ha debido hablarse del proceso contractual.

Por la redacción que tenían los arts. 87 y 136 inc. 7o. y 8o. del C.C.A., esta Corporación y concretamente su Sección Tercera, elaboró una jurisprudencia que fué constante durante el citado período, en cuya virtud se conceptualizó una clasificación entre actos administrativos separables y no separables del contrato para someter las controversias relativas a los primeros al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y los segundos (los no separables) al proceso contractual. Cada uno de los citados procesos tenían

un procedimiento diferente; al primero se sujetaba al ordinario, el segundo a uno especial.

La competencia para cada uno de esos procesos era distinta según la cuantía.

Durante el primer año de vigencia del Decreto 01 de 1984, los tribunales administrativos conocían en única instancia, entre otros, de los procesos de restablecimiento del derecho que carecieran de cuantía y en los cuales se controvirtieran actos administrativos de orden municipal, cuando el municipio no fuera capital de departamento, o su presupuesto anual ordinario no excediera de $30.000.000.00; de los de restablecimiento del derecho en que se controvirtieran actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes por sus actos o hechos, cuando la cuantía no excediera de $500.000.00; y de los referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en los que se hubiera incluido la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de $2.000.000.00 (art. 131, num. 2, 8, 9, C.C.A.). Cuando las pretensiones tuvieran un valor mayor a los indicados, el proceso respectivo tenía una segunda instancia ante el Consejo de Estado.

Se ha usado el pasado porque aun cuando el factor cuantía que servia en los casos citados para fijar la competencia se ha conservado, sus valores aumentaron, para el año de 1986, en virtud del Decreto 3867 de 1985, para el año de 1988, por disposición del Decreto 2269 de 1987 y en el año de 1988 volvieron a sufrir un reajuste en el mes de abril, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 597 de 1988, el cual también estableció que a partir del 1o de enero de 1990 tales valores se incrementaran en un 40% y luego, cada dos años en el mismo porcentaje.

En virtud del principio de la perpetuatio jurisdictionis, la variación en los valores determinativos de las cuantías no afecta la competencia en los asuntos cuya demanda haya sido admitida con anterioridad al reajuste. Así lo han reconocido doctrina y jurisprudencia y así lo contempla expresamente el art. 4 del Decreto 597 de 1988.

Regresando al tema del control judicial de los actos administrativos relacionados con contratos de la misma especie así como de los de derecho privado de la administración en los que se incluya la cláusula de caducidad, debe ponerse de presente que el Decreto 2304 de 1989, vigente desde el 7 de octubre de dicho año, en sus arts. 17 y 23, modificó los arts. 87 y 136 del C.C.A., suprimiendo la referencia que éstos hacían a actos separables y no separables del contrato, de tal forma que hoy los jueces se encuentran ante la

necesidad de determinar cuál o cuáles son los procesos a través de los cuales pueden controlarse la legalidad de tales actos.

Para el Consejero que profiere la presente providencia, luego de la anotada modificación y al presente, la administración contratante, en ciertos casos, y sus contratistas, en todos, tienen dos vías o caminos para ventilar las controversias que surjan entre ellos relativas a contratos administrativos o de derecho privado con cláusulas de caducidad, a saber:

a) Si la controversia persigue un pronunciamiento de la jurisdicción acerca de la existencia de un contrato administrativo, o de uno interadministrativo o de uno de derecho privado de la administración en que se haya pactado la cláusula de caducidad, o busca un pronunciamiento sobre su validez, o va en procura de que se decrete su revisión, o se pretende que por la jurisdicción se declare que fue incumplido y que se indemnicen los perjuicios que con el incumplimiento se causaron o, finalmente, que el actor cumplió y que debe pagársele las prestaciones convenidas, todo ello deberá ventilarlo por la vía de las que con alguna impropiedad el artículo 87 del C.C.A. denominaba de las "acciones relativas a contratos" y que el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 que lo subrogó, llama "controversias contractuales" y por esta misma vía podrá pedir que se diriman sus pretensiones de nulidad de los que la doctrina denomina actos administrativos no separables del contrato, es decir que aquellos que por tener fundamento en un contrato de las especies anotadas no hubieran podido ser proferidos sino por existir alguno de tales contratos.

b) Pero puede, si así lo desea y lo indica en la demanda, escoger la vía del proceso de nulidad y restablecimiento y en consecuencia atacar sólo el acto administrativo, separable o no, en cuyo caso no podrá discutir aspectos contractuales distintos del de la validez del acto mismo y solicitar la reparación de los perjuicios que se deriven *directamente* del acto que el juez llegue a anular. La controversia, en este caso, perseguirá solamente la nulidad del acto administrativo y el restablecimiento del derecho conculcado por éste, cuando el demandante así lo indique en el *petitum.*

Recuérdese que las peticiones contenidas en la demanda delimitan el objeto de las pretensiones en tanto que los hechos alegados en la misma constituyen la causa jurídica que según el autor determinan el derecho que se dice tener y que se pide al juez que lo reconozca o declare (sentencia declarativa), puede suceder, además que se pida al juez que modifique el estado jurídico declarado (sentencia constitutiva, v. gr. liquidación de sociedad conyugal, de filiación extramatrimonial, de nulidad del matrimonio, de divorcio), o, finalmente, que se solicite al juez que haga cumplir la prestación en que consista el derecho (sentencia de condena o prestación), peticiones que corresponderán entonces a los tipos correspondientes de procesos

(declarativos, de declaración constitutiva y de condena o de prestación o ejecutivos).

En la jurisdicción ordinaria, si bien es necesario que el actor indique la clase de proceso que corresponde a la demanda (art. 75-9 C. de P.C.), el juez no queda obligado a seguir un trámite inadecuado y debe darle el trámite que legalmente incumba o pertenezca (art. 86 ib.). Por esto, en el Código Contencioso Administrativo, cuando se señala el contenido de la demanda no se exige la indicación del proceso que debe seguirse. (art. 137 C.C.A.).

También deben señalarse en la demanda las normas que el actor considere que dan pie al derecho sustancial y procesal que alega (art. 75-7, C de P.C y 137-4 C.C.A.), siendo obligatorio, cuando se impugna un acto administrativo que indique las normas que se considere violadas y explique el concepto de su violación.

Como el objeto de los procedimientos es la tutela de los derechos reconocidos por la ley sustancial, por la Jurisprudencia, tanto de esta Corporación como de la Corte Suprema de Justicia se ha admitido que el Juez puede interpretar la demanda "para buscar el derecho impetrado en su contenido general y (que) al interpretarla no es obligatorio aferrarse a la calificación jurídica que a los hechos y a las pretensiones incoadas les de el demandante" (H.Devis D., Teoría General del Proceso, Tomo I, No. 253, Ed. Diké, Medellín, 1987).

Pero esta facultad de interpretación no puede llegar hasta variar las peticiones y el sentido de los hechos fundamentales alegados por el actor, que son en últimas los que marcan la dirección que el juez le dará al proceso que corresponda, porque en tal caso podría violarse la ley por error en la apreciación de la demanda o seguirse un procedimiento distinto del que legalmente corresponda.

Si en la demanda se dice expresamente que se solicita la nulidad de un acto administrativo y el consigùiente restablecimeinto del derecho conculcado por aquél y luego en las peticiones se pide esa nulidad y como restablecimiento que se reconozcan unos derechos que ese acto desconocía no podría el juez, so pretexto de interpretar la demanda, hacerle decir, por un lado, que la acción (proceso, mejor) instaurada es contractual, solo porque el acto administrativo se relaciona con un contrato, y por el otro, que las peticiones no son las estrictas de restablecimiento, a pesar de su formulación, sino que por establecerse que el proceso es contractual, el juez puede decidir sobre la validez o la existencia del contrato o estimar como restablecimiento del derecho perjuicios no ocasionados por el acto mismo sino consecuencia de un incumplimiento del contrato al cual se refiera el acto pero en asunto o tema no tratado por éste.

No se oculta a quien esto expone que lo relativo a la interpretación que se da acerca de las consecuencias que se derivan de las reformas introducidas en este campo por el decreto ley 2304 de 1989 puede no ser compartido por los restantes Consejeros que integran la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa de la Corporación y que, por consiguiente, no constituye doctrina de ésta.

No obstante lo anterior, ello en nada incide en el sub-lite, pues el proceso se inició por demandas incoadas durante la vigencia de los arts. 87 y 136 inc. 7o. y 8o., cuando los procesos eran, según lo dicho, de naturaleza contractual (la demanda que correspondía al proceso 19.354 fué presentada el 13 de noviembre de 1984 y la del proceso 20.754 el 22 de abril de 1986).

Establecido lo anterior, ocurre que ambos procesos (los Nos. 19354 y 20754) eran del conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia en única instancia, por su cuantía y por consiguiente se procedió erróneamente por dicho Tribunal cuando concedió el recurso, como también erró el Consejero conductor cuando lo admitió y le dio curso, pues este último carecía y carece de competencia presentándose, entonces, la causal de nulidad de que trata el art. 140 num. 2 del C. de P. C. (antes de la modificaciones introducidas a este Código por el Decreto ley 2282 de 1989, el art. 152 num. 2o) y por consiguiente así habrá de declararse.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sala Unitaria.

RESUELVE :

1o. Anúlase todo lo actuado a partir del auto de fecha catorce (14) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (fl.295, Cdno. Ppal) por el cual se admitió el recurso de apelación, interpuesto por quienes son partes en el proceso de la referencia, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha dieciseis (16) de junio del mismo año.

2o. Como consecuencia de lo anterior, una vez ejecutoriado el presente auto vuelva el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

COPIESE YNOTIFIQUESE

Gustavo de Greiff Restrepo,

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADICIONAL. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Cuando debiéndose celebrar otro contrato o uno adicional no se celebra y pese a ello la obra se ejecuta a entera satisfacción de la entidad propietaria de la misma, el asunto puede manejarse con la tesis del enriquecimiento sin causa, sin violentar los principios que gobiernan las controversias contractuales. Pero sea de ello lo que fuere, en el proceso se dio una realidad que no puede desconocerse: El municipio incumplió una obligación (adecuar el terreno para la construcción de la obra) que tenía prelación en el tiempo: la persona contratista, por conducto de un tercero aceptado por el mismo municipio, y dentro de los términos y condiciones señaladas por éste, cumplió tal obligación y hasta la fecha la entidad no ha pagado su valor.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.-

Bogotá D.E., julio tres (3) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº 5579. - Contratos.- Actor: Proyectos y Construcciones S.A.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 5 de agosto de 1.988 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia y mediante la cual se dispuso:

"1.- SE DECLARA que el municipio de Medellín HA INCUMPLIDO el contrato No. 127 celebrado el 30 de noviembre de 1.981 entre dicho municipio y la Compañía Proyectos y Construcciones S.A. relativo al Proyecto Arquitectónico y la construcción de la Estación Escuela de Bomberos Sur, en cuanto no cubrió a su contratista la obra extra de "lleno y apisonado en arenilla"...

"2.- SE CONDENA, en consecuencia, al municipio de Medellín a pagar a Proyectos y Construcciones S.A. la suma de $3'072.600.oo por concepto del trabajo extra antes mencionado ...

"3.- La cantidad anterior se someterá al ajuste del artículo 178 del Decreto 01 de 1.984, para lo cual se acudirá al incidente regulador del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, si fuere necesario...

"4.- Se dará cumplimiento a lo que estatuyen los artículos 176 y 177 del citado Decreto....".

En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que el Municipio de Medellín celebró el contrato # 127 de 1.981 con la firma "Proyectos y Construcciones S.A." para la ejecución del "proyecto arquitectónico y construcción de la escuela de Bomberos del Sur".

b) Que en adenda que se le hizo a la licitación # 10 correspondiente a la indicada obra se dijo que el terreno para la construcción se entregaría debidamente nivelado y explanado.

c) Que el Municipio no cumplió esta obligación y resolvió mediante oficio # 193 de 29 de enero de 1.982, solicitarle al contratista que la ejecutara como obra extra, comprensiva de excavación, cargue y botada de tierra por $1'440.000.oo(8.000 mts^2 a $180 cada uno) y el lleno y apisonado en arenilla por $3'840.000.oo (6.400 mts^3 a $600. cada uno).

d) Que de esta obra extra solo se pagó la suma de $1'090.620.oo quedando un saldo insoluto de $3'072.600.oo.

e) Que el 16 de agosto de 1.982, la junta de Obras Públicas reconoció esa obligación, pero la Contraloría objetó ese pago aduciendo que la obra no tenía el carácter de extra y quedaba comprendida dentro del objeto del contrato.

f) Que la firma demandante volvió a reclamar y la nueva Junta de Obras, con otros miembros, el 15 de noviembre de ese mismo año ratificó el inicial reconocimiento.

g) Que pese a todo, el municipio no pagó la obligación.

El tribunal administrativo decidió la controversia, en providencia de 5 de agosto de 1.988, en la forma indicada al principio de esta motivación. Para aceptar las súplicas de la demanda, sostuvo en lo pertinente:

"3.6. Y los funcionarios del municipio, que hacen las veces de representantes del Alcalde en la construcción de las obras y comprometen, por tanto, a éste, eran plenamente conscientes de tal hecho. De ahí que Juan Fernando Sanín, Jefe de la Interventoría, Tulia Peláez, interventora de la obra y el Secretario de Obras Públicas y Desarrollo Comunal, que imparte su visto bueno a lo que los dos primeros comunican al Gerente de Proyectos y Construcciones, le hayan hecho saber a éste que "en vista de los *inconvenientes* que tiene la Secretaría en este momento de adecuar rápidamente el terreno para la obra Estación Escuela de Bomberos del Sur, solicita que su firma ejecute dicha obra de acuerdo a las cantidades y precios que se pasan en el memorando adjunto". Y que la citada Tulia Peláez (De acuerdo con lo visto, no fue solo ella la que pregonó los *inconvenientes* del municipio para adecuar el terreno) pida luego al Secretario de Obras (folio 13) que "autorice *obra extra* por un valor de $5'280.000.oo consistente en: Excavación, cargue y botada de Tierra..... lleno y apisonado en arenilla....." (Estas y las demás subrayas son de la Sala).

"3.7. Y algo más importante aún: en el acta de la sesión del 8 de febrero de 1.982 del " Comité de la obra de la Escuela de Bomberos Barrio Santafé " (folio 9) se consigna lo que sigue:

"La interventoría autorizó a la firma Proyectos y Construcciones a contratar los movimientos de tierra necesarios para la explanación del terreno. Dicha explanación se pagará con un presupuesto adicional al adjudicado para la construcción de la Escuela de Bomberos....."Como se ve, la interventora del proyecto, cuyas decisiones, se repite, hacen responsable al municipio cocontratante, autorizó a la sociedad actora para que contratara la explanación de la tierra y cubriera su valor con "un presupuesto adicional al de la obra" Se dice que la interventora compromete al municipio, por cuanto ella hace en la obra las veces del Jefe de la Administración, que es, en cierta forma, su delegataria. En esa misma sesión se seleccionó a Humberto Barrios Gil para que llevara a cabo la explanación en determinadas condiciones técnicas y económicas.

"3.8. El comité ratificó posteriormente -Acta No. 2 del 9 de febrero de 1.982-" que el compromiso de la explanación con arenilla compactada, por parte del municipio llega hasta la Cota 99-80. De esta cota en adelante el lleno compactado corre por cuenta del constructor; según consta en el contrato..." Es interesante destacar que el doctor José Jaime Nicholls, Alcalde de Medellín, accedió a efectuar el reconocimiento que pedía Proyectos y Construcciones, según consta en el Acta

correspondiente a la sesión verificada por la Junta de Obras Públicas y Desarrollo Comunal el 16 de agosto de 1.982: " El señor Alcalde dice que se aprueba el reconocimiento, esto significa que se da por terminado el contrato, recibida la obra y no habrá lugar a nuevos reconocimientos ni reclamaciones de ninguna índole".

"3.9. El acta inmediatamente anterior indica que el Jefe de la Administración consideraba que era procedente reconocer la suma de $3'072.600.oo. La Sala advierte, no obstante, que no debe acudir a las *decisiones* de la referida Junta de Obras Públicas y Desarrollo Comunal, por cuanto estima que ese organismo carece de facultades para tomar esa clase de resoluciones. Tal como el Tribunal lo sostuvo en su providencia del 30 de abril de 1.986, las juntas del municipio de Medellín (de la entidad territorial) ejercen funciones meramente asesoras y de consejería. No pueden ocuparse de materias de naturaleza decisoria propias de la Administración viva y dinámica que la Constitución y la ley asignan al Alcalde, tales como las de declarar la caducidad, aplicar una multa, modificar un contrato o hacer un reconocimiento a quien construye la obra pública. Estos asuntos corresponden al Alcalde, porque: a.- El es quien celebra los contratos de acuerdo con los artículos 197-7 de la Carta Fundamental y 131 del Código de Régimen Municipal, y b.- La facultad de contratar implica, obviamente, la de expedir todos los actos que se requieran durante la ejecución de las obras correspondientes.

"3.10. La prueba inicialmente comentada: el adendo a la licitación, en el que el terreno debe ser entregado por el municipio "debidamente nivelado y explanado", la comunicación de Juan Fernando Sanín (Jefe de Interventoría), y Tulia Peláez (interventora), el memorando de ésta al Secretario de Obras Públicas y Desarrollo Comunal invocando la autorización para contratar obra extra, las actas del "Comité de Obra de la Escuela de Bomberos Barrio Santafé", etc. prueban que el municipio aceptó que la explanación corría de su cuenta y autorizó -e intervino incluso en la selección del contratista - la celebración del contrato de obra extra con el ingeniero Humberto Barrios, o la firma del mismo nombre. No le es dado, pues, ahora desconocer lo que se hizo con su expreso consentimiento.

"3.11. Se dice con su expreso consentimiento, por cuanto los ingenieros y arquitectos de la Administración (la interventoría en este caso) que en estos contratos hacen, "de hecho", las veces de dueños de la obra, dan a los contratistas una serie de órdenes que van desde la fijación de la fecha inicial de ejecución de los trabajos (cuando el contrato no diga nada al respecto) hasta la determinación de la calidad del material que es preciso emplear o la obra extra o adicional que se requiere hacer. Y esas órdenes e instrucciones equivalen a verdaderas *decisiones jurídicas* que traen consigo una responsabilidad correlativa para la entidad pública.

El poder de vigilancia y control no es sólo un privilegio, se convierte también en obligación, en carga para quien lo ejerce, según una expresión frecuente en la doctrina".

Descontento el municipio demandado con el fallo, interpuso apelación y lo sustentó adecuadamente.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, pasa la Sala a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal séptima, la sentencia del tribunal merece ser revocada. De su opinión de marzo 26 del presente año, se destaca:

"El contrato No. 127/81, suscrito por el entonces alcalde municipal de Medellín, doctor José Jaime Nicholls en representación del mismo y Apolinar Restrepo Arango en representación de la firma Proyectos y Construcciones S.A. determinó el objeto del mismo en su cláusula primera, que a la letra dice: "PRIMERA. Objeto del Contrato: EL CONTRATISTA se obliga con el MUNICIPIO a ejecutar el proyecto arquitectónico y construcción de la Escuela en una área aproximada de 3.000 metros cuadrados". Lo que comprende el proyecto arquitectónico fue explicado en pliego de condiciones -pg. 5, fl. 331- e igualmente comentado antes en este concepto. En cuanto a la construcción de la Estación Escuela, no cabe duda que se refiere a la ejecución de la obra civil, cuya iniciación requería como se dejo consignado, la nivelación y explanación del terreno, a cargo de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, según la adenda aludida.

"Ahora bien, se observa que en el sub-judice, tanto el valor como el objeto y el plazo acordados en el contrato No. 127/81 fueron modificados por funcionarios del Municipio de Medellín que carecían de manera absoluta de la competencia para hacerlo, pues ni el jefe de interventoría, ni la interventora de la obra, ni siquiera el Secretario de Obras Públicas y Desarrollo Municipal podían, como en efecto lo hicieron, sin extralimitarse en sus funciones, solicitar al Gerente de Proyectos y Construcciones que se ejecutara una obra extra a la especificada en el objeto del contrato No. 127/81, e igualmente aumentar el precio del mismo en $5'280.000 y ampliar el plazo en 30 días -fl. 8 - ya que en términos del articulo 1602 del C.C. el convenio constituye ley para las partes, y como tal ellas debían cumplir en los términos pactados en el contrato, o llegado el caso modificarlo, pero siempre teniendo en cuenta las previsiones consagradas en el régimen contractual.

"De otra parte, antes de que la firma actora aceptara asumir la ejecución de la llamada "obra extra", debió consultar la cláusula décima del contrato que suscribiera con el Municipio de Medellín, para establecer que entre

las atribuciones del interventor, no estaba -ni podía estarlo- la de modificar motu propio o en nombre del Municipio, el contrato, y por el contrario, se exigía al interventor: "a) -Estar en las obras siempre que el MUNICIPIO juzgue necesario, b) -*Vigilar el cumplimiento* del presente contrato y *cerciorarse de que su ejecución* se ajusta en un todo a las especificaciones de la obra. c)-Practicar nuevas inspecciones a las obras parcialmente recibidas, con facultad para ordenar modificaciones a ella si lo considera del caso. d)- Dar su aceptación o rechazo a los materiales y elementos que se vayan a incorporar o que se encuentren...e) -Hacer ensayos en las mezclas que le aseguren las resistencias específicas, f)- Recibir la obra que el CONTRATISTA dé por terminada y darle visto bueno cuando fuere el caso. g)-*Velar por los intereses* de EL MUNICIPIO y *porque se cumplan debidamente las cláusulas de este contrato por EL CONTRATISTA*. h)- Velar porque se cumpla la presentación, al menos mensual, de las Actas de entrega de obra de que trata la cláusula VIGESIMA SEGUNDA, i)- Las demás que imponga EL MUNICIPIO" (subrayas fuera de texto). (Folio 8 vto.).

"Este despacho observa, además que el convenio para la explanación y nivelación del terreno donde se levantó la estación de bomberos fue suscrito o acordado entre Proyectos y Construcciones y la firma Peláez Barrios y Cía. ello explica el porqué la última de las firmas mencionadas, demandara en proceso ordinario para conseguir el pago de la cantidad que le adeudaba Proyectos y Construcciones -fl. 53 y 54.

"Al quedar establecido que entre el Municipio de Medellín y la firma Proyectos y Construcciones S.A. se suscribió el contrato No. 127 de 1.981, en el cual no se pactó la ejecución de la "obra extra", y que no aparece prueba alguna de que el mismo fuera modificado legalmente, se deduce que el derecho reclamado por la parte actora, no existe, pues ella lo hace consistir en el no pago de la obra que no se pactó y que, obviamente, el municipio demandado no estaba obligado a cancelar".

Para la Sala, no asiste razón a la fiscalía y sí al tribunal, por lo cual su decisión será confirmada, como pasa a explicarse:

1) Tal como lo sostiene el *a-quo* la acción no estaba caducada cuando se presentó la demanda el 4 de octubre de 1.985, la que bien pudo formularse hasta el día 1o de marzo de 1.986. Esta conclusión corresponde a jurisprudencia reiterada de la Sala en torno a controversias de tipo contractual nacidas con anterioridad a la vigencia del decreto 01 de 1.984, pero instauradas ya dentro de la vigencia de éste, o sea a partir de 1o de marzo del citado año. Tesis jurisprudencial que precisó que antes de dicho decreto la acción estaba gobernada por el término de la prescripción extintiva de 20 años.

2) Muestra el acervo probatorio un hecho evidente, puesto también de relieve por el tribunal: Aunque inicialmente se señaló en el pliego de

condiciones (adendo al folio 6 del expediente) que el terreno en el que debía construirse la obra lo entregaría el municipio debidamente nivelado y explanado, con posterioridad funcionarios de esa misma entidad, el Doctor Juan Fernando Sanín, Jefe de Interventoría, la Doctora Tulia Peláez, interventora de la obra y el Secretario de Obras Públicas y Desarrollo Comunal, le hicieron saber a la contratista que la entidad no estaba en condiciones de cumplir lo relacionado con la adecuación del terreno y le pidieron que se hiciera cargo de dicha obra *"de acuerdo a las cantidades y precios que se pasan en el memorando adjunto"*. (ver oficio 193 de 29 de enero de 1.982). Además, la misma Doctora Peláez le solicitó al Secretario de Obras la autorización para la construcción de obra extra por un valor de $5'280.000.oo para "excavación, cargue y botada de tierra... lleno y apisonado en arenilla...".

Lo precedente pone en evidencia que los funcionarios aludidos comprometieron la responsabilidad directa del ente demandado. No sería justo que con el argumento de la fiscalía (la incompetencia de los funcionarios que ordenaron la adecuación del terreno para celebrar contratos) nada pudiera reclamar la contratista, la que no actuó *motu proprio* o por su propia iniciativa, sino por orden del ente demandado, a instancias de los funcionarios competentes para manejar la ejecución del contrato a nombre del municipio; reclamo que sin esfuerzo alguno encuentra su justificación en la equidad y su respaldo en la tesis del enriquecimiento sin causa. Tesis que en subsidio y a falta de una acción de tipo contractual específica respalda con creces la pretensión de la demandante.

La Sala estima que la vía utilizada en el presente asunto para solucionar la adecuación del terreno, si bien no fue muy ortodoxa ya que debió celebrarse otro contrato directamente con la entidad pública, en la realidad resulto ser la salida más adecuada desde el punto de vista de una sana administración; la que requería, con urgencia, la estación escuela de bomberos del sector sur de Medellín, uno de los más densamente poblados en el área metropolitana. De no haberse buscado esa solución el problema hubiera sido peor, no sólo porque el Municipio habría entrado en incumplimiento desde la iniciación del contrato 127 de 1.981 y comprometido su responsabilidad contractual por un mayor valor, sino porque no habría podido ejecutarse la obra con la premura que las exigencias del buen servicio imponía.

Ha dicho esta misma Sala que cuando debiéndose celebrar otro contrato o uno adicional no se celebra y pese a ello la obra se ejecuta a entera satisfacción de la entidad propietaria de la misma, el asunto puede manejarse con la tesis del enriquecimiento sin causa, sin violentar los principios que gobiernan las controversias contractuales, tal como lo expresó claramente la demanda en su hecho décimo segundo.

Pero sea de ello lo que fuere, en el proceso se dio una realidad que no puede desconocerse: El municipio incumplió una obligación (adecuar el terreno

para la construcción de la obra) que tenía prelación en el tiempo; la persona contratista, por conducto de un tercero aceptado por el mismo municipio, y dentro de los términos y condiciones señalados por éste, cumplió tal obligación y hasta la fecha la entidad no ha pagado su valor.

Esa realidad no puede ignorase, se repite, porque hacerlo implicaría premiar la torpeza de la persona obligada y favorecer su enriquecimiento injusto, con el empobrecimiento consecuencial de la actora. Además, en dos oportunidades el municipio le dio el visto bueno a la cuenta formulada por la demandante.

No desconoce la Sala que formalmente puede asistir la razón a la fiscalía, en lo que toca con la competencia para contratar que tenían los funcionarios subalternos del alcalde que autorizaron la adecuación del terreno, pero tampoco puede olvidarse que ellos con su conducta sí podían comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, porque eran, en otros términos, el alcalde en ese contrato.

Por lo expuesto, la sentencia deberá confirmarse, por ajustarse a la realidad procesal y porque no hará mas gravosa la situación de la entidad recurrente. El valor histórico de la condena—— $3'072.600.oo, deberá revaluarse con base en los índices de precios al por mayor que certifique el Banco de la República y con sujeción a la siguiente fórmula Vp = vh ind.f/ ind.i de la cual vp = valor presente, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia; vh, valor histórico o sea——— $3'072.600.oo; ind.f, índice final, el correspondiente al mes de mayo del presente año; ind.i, el correspondiente a la fecha de la causación del perjuicio o sea la de aceptación de la cuenta por la Junta Municipal de Obras Públicas, el día 16 de agosto de 1.982.

Se repite que la condena será en concreto y la cuenta de cobro deberá acompañarse con la certificación correspondiente a los índices señalados.

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 agosto de 1.988, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, con la siguiente modificación en el numeral 3, que quedará así:

3) La cantidad anterior, que se entiende como valor histórico, deberá actualizarse con sujeción a la fórmula propuesta en la motivación. Se entiende esta condena en concreto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 28 de junio de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

ACTO DE ADJUDICACION - Consecuencias

El acto administrativo de adjudicación genera una serie de consecuencias jurídicas tanto para la administración como para el adjudicatario, entre las cuales merecen retenerse las siguientes :

a) El derecho subjetivo de este último para contratar con el Estado;

b) Deber jurídico correlativo del ente administrativo de celebrar el acto jurídico con el adjudicatario, lo que explica que el licitante no pueda hacerlo con otro que no sea éste...;

c) Derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios si el centro de imputación jurídica licitante, antes de la perfección del contrato, desiste de la celebración de éste, sin la autorización expresa y escrita dada por el adjudicatario.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La Sala considera que la parte actora hizo bien cuando planteó la definición del presente conflicto de intereses dentro del marco de la controversia contractual , pues es incuestionable que entre las partes existió una relación de tal naturaleza desde el momento mismo en que la administración decidió adjudicar el contrato a la firma demandante, determinación que se convirtió en fuente de derechos subjetivos. No puede perderse de vista que en este caso culminó el proceso de selección, en forma normal, sin que las partes mismas o un tercero interesado lo cuestionara a la luz de la ley o el derecho. Precisión que se impone porque la Corporación también ha manejado jurisprudencialmente la situación que muestra que el proceso

licitatorio, una vez iniciado, se queda trunco, para definir que para ese evento, la acción que procede es la de reparación directa.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Monto. **PERJUICIOS** - Presunción **POLIZA DE CUMPLIMIENTO**

Cuando la administración adjudica el contrato y luego no suscribe éste, sin causa que justifique su comportamiento, a la luz de la ley y el Derecho, es la Póliza de Cumplimiento y no la de Seriedad de la Oferta, la que permite fijar el monto de los perjuicios pues siendo comerciante el contratista, éstos se presumen como ciertos, probados y definitivos hasta por ese monto, salvo que dentro del proceso se acredite, en debida forma, que ellos fueron mayores, evento en el cual debieran pagarse dentro del marco de lo alegado y probado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.

Bogotá, D.E., Julio cinco (5) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio Cesar Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 5556. Actor : *Sociedad Procesar Ltda*

Demandado: Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

- 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 del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia proferida el día veintinueve (29) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del referido proveído. En él se lee:

" La Sociedad PROCESAR LTDA., mediante apoderado y en ejercicio de la acción señalada por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación que previos los trámites de Ley y mediante sentencia, se declare la existencia de una relación contractual entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y la demandante, así como su incumplimiento y que como consecuencia de lo anterior se condene a dicha institución a pagarle los perjuicios causados. Petición que formula en los siguientes términos:

" 1. Declarar la existencia de una relación contractual de carácter administrativo entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y la firma PROCESAR LTDA., emanada de la adjudicación parcial de la Licitación Privada No. 18/81 y de la autorización impartida por la Presidencia de la República para celebrar un contrato de Prestación de Servicios para Grabación y Verificación de Datos para Procesamiento por Computador, que incluía la cláusula de caducidad;

" 2. Declarar que la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO incumplió las obligaciones derivadas de tal relación contractual al no suscribir el contrato de prestación de servicios mencionado e impedir, por consiguiente, la debida ejecución del mismo.

" 3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO a pagar a mi mandante los perjuicios causados por tal incumplimiento, consistentes en:

"DAÑO EMERGENTE

"Materializado en los gastos en que incurrió mi mandante con posterioridad a la adjudicación, relacionados con el pago del arrendamiento del equipo relacionado en la oferta de licitación, computable desde el 1o. de Agosto de 1981 fecha en que se dispuso no comprometerlo con otros trabajos a la espera de las órdenes de trabajo que hicieran viable la ejecución del Contrato y el 1o. de junio de 1982, fecha en que venció el contrato de arrendamiento de tal equipo y también relativos al costo de la administración de tales equipos durante igual período.

"LUCRO CESANTE

"Materializado en la utilidad legítima dejada de percibir por mi mandante, como consecuencia de la no ejecución del contrato por el incumplimiento de la entidad demandada.

"En el evento de que esa Honorable Corporación considere que no estén demostrados los perjuicios, se servirá señalar las bases para que se liquiden de conformidad con los artículos 307 y 308 del C.P.C.

"Los valores anteriores o las condenas que resuelva esa Honorable Corporación deberán ser reconocidas con los intereses comerciales o moratorios a que haya lugar y ajustadas teniendo como base el índice de precios al consumidor. (fls. 68 y 69).

"HECHOS:

"Los relata la demanda así:

" 1. El día 10 de Julio de 1981, dentro del término y hora hábiles, PROCESAR LTDA., se presentó como oferente a la Licitación Privada No. 18/81, abierta por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para contratar los servicios de grabación y verificación de datos para procesamiento por computador, de los registros especificados en el pliego;

" 2. Mediante comunicación No. 438 del 30 de Julio de 1981, la Subgerencia Financiera de la entidad licitante informó a PROCESAR que la Junta Directiva, en sesión del 28 de julio de 1981, Acta No. 1908, le había adjudicado la grabación de 2'500.000 registros (de un total de 15'500.000, por valor de CUATRO MILLONES DE PESOS ($4'000.000.oo);

" 3. La firma adjudicataria suscribió la minuta de contrato, anexa al pliego de condiciones y la remitió en forma oportuna a la entidad licitante junto con los documentos pertinentes, para su firma. Esto, de acuerdo con instrucciones recibidas del Departamento de Procesamiento de datos, dependencia que debía coordinar tal actividad conforme a lo estipulado en la comunicación de adjudicación;

" 4. La adjudicataria, atendiendo las especificaciones contenidas en el pliego, gestionó ante el Departamento de Seguros de la entidad licitante la Póliza de Garantía de Cumplimiento del contrato y éste lo autorizó para contratar tal póliza con otra compañía aseguradora, trámite que no se pudo concluir por ausencia del contrato.

" 5. Durante el lapso comprendido entre la adjudicación parcial de la licitación y el mes de Diciembre de 1981, en reiteradas oportunidades la entidad, por intermedio de la jefatura del Departamento de Procesamiento de Datos, solicitó a la firma adjudicataria que, en razón al volumen de trabajo represado, no comprometiera el equipo y los operarios en trabajos distintos.

"Para ello se argumentó que "ya se había solicitado la autorización para celebrar el contrato y que ésta se debía proferir en un lapso no mayor de cuatro o cinco días, al cabo de los cuales se perfeccionaría tal contrato lo más rápido posible, de manera que se pudieran expedir las órdenes de trabajo".

" 6. La Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, mediante oficio No. 000812 de Diciembre 14 de 1981,

recibido en la Gerencia General de la entidad contratante a las 3:39 P.M. del día 15 del mismo mes, informó a la Gerencia de la Caja que se le había autorizado para celebrar cinco contratos de Prestación de Servicios para Grabación y Verificación de Datos para Procesamiento por Computador entre los que figuraba el de PROCESAR LIMITADA, por valor de cuatro millones de pesos, para un volumen de 2.500.000 registros.

" 7. La existencia de esta autorización obligaba a la entidad a elevar la adjudicación a contrato escrito y a darle cumplimiento, ya que ella concretaba el acuerdo de voluntades y la relación jurídica nacida del acto de adjudicación.

" 8. Sin que mediara justificación, no (sic) comunicación alguna, la entidad se sustrajo de la obligación de suscribir el contrato y expedir las órdenes necesarias para su debida ejecución.

" 9. De manera verbal y promediando el mes de Agosto de 1982, se le informó a mi mandante que la entidad no suscribiría el contrato toda vez que el trabajo había sido entregado a otra sociedad.

" 10. El incumplimiento de la entidad generó a mi mandante perjuicios materiales, estimados en anexo que se acompaña a la presente demanda, en razón a que pagó el arriendo del equipo necesario para la ejecución del contrato, canceló los servicios de administración correspondiente y dejó de percibir las utilidades previstas por la realización del trabajo.

" NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

" La apoderada de la actora señala las siguientes:

" *Artículo 27 incisos primero y segundo del Decreto 150 de 1976 y Capítulo I, Subtítulo "CONTRATO" del pliego de Condiciones de la Licitación Privada 18/81 de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.* (Las subrayas son de libelo).

" Se presentan estas normas en conjunto por cuanto ellas constituyen el marco legal en lo relativo al efecto de la adjudicación y a las obligaciones de la entidad y el adjudicatario.

"Enseña el artículo 27 del Decreto 150 de 1976 que "Cuando la ley subordine el perfeccionamiento de un contrato a la aprobación o revisión de un organismo o autoridad superior, la adjudicación no producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos señalados para el caso". Tales requisitos, en el asunto en cuestión se desprenden del pliego de condiciones así:

" 1. El Capítulo I, inciso cuarto del subtítulo "ADJUDICACION" nos dice que "El contrato resultante de esta licitación se subordina legalmente en su funcionamiento a la aprobación de la Presidencia de la República, de acuerdo con el artículo 168 del Decreto-Ley 150/76".

"2. El inciso tercero del subtítulo "CONTRATO", expresa que "El contrato que se celebre como *resultado* de la presente licitación se ajustará a la minuta que se presenta en el anexo 2 del presente pliego" (subrayado fuera del texto), señalando bajo el mismo subtítulo las obligaciones del adjudicatario, las que como se comprobará en el proceso, fueron cumplidas.

" Queda claro que las obligaciones de la entidad consistían en tramitar la autorización del contrato ante la Presidencia de la República y suscribir el contrato "resultado" de la Licitación. Como se probará en el curso del proceso, la entidad adelantó el primero de los pasos, pero se abstuvo de cumplir la formalidad de suscribir el contrato, impidiendo con ello que el adjudicatario pudiera dar cumplimiento al mismo.

" Para entender el alcance de los efectos del acto que adjudicó la licitación, que como ha estimado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado "Es un acto bilateral no sujeto a las reglas generales aplicables a los actos administrativos de carácter unilateral" y teniendo en cuenta que existió la aprobación de la autoridad superior que le confirió a la adjudicación un carácter definitivo en cuanto concretó y/o ratificó el ajuste de voluntades y en cuanto por el mismo hecho confirmo el carácter administrativo de la relación, debemos remitirnos al inciso primero del citado artículo 27 del decreto 150 de 1976.

"Señala esta disposición el carácter irrevocable de la adjudicación y el nacimiento de obligaciones para la entidad y el adjudicatario.

"En el caso *sub judice*, la demandada violó los preceptos de la norma superior señalada y el reglamento que ella misma fijó para la contratación, al sustraerse de cumplir la totalidad de sus obligaciones, como lo eran la suscripción del contrato aprobado y el adelantamiento de todos los trámites necesarios para su ejecución.

"Articulo 16 de la Constitución Nacional.

"Es evidente que para el efecto de esta contratación la entidad no tuvo el ánimo de actuar como un particular, aunque las leyes se lo habrían permitido atendiendo a su naturaleza, sino que amparada en su calidad de ente estatal previó hacer uso de cláusulas exhorbitantes (sic) y sometió la relación a reglas propias de los contratos de la administración.

"No sólo por la jurisdicción competente para conocer de esta controversia, sino además por las circunstancias antes señaladas, se revela el carácter de la entidad, definido previamente en su norma de creación, que es el de ser un ente estatal, que con su actuación contrarió lo establecido en la disposición constitucional en lo referente a la protección de la propiedad, ocasionando un perjuicio material que el actor debe resarcir.

"Artículo 30 de la Constitución Nacional.

"Como se expresó, la adjudicación y la posterior aprobación del contrato generaron a las partes obligaciones y derechos correlativos, susceptibles de protección jurídica.

"La entidad incumplió sus obligaciones y violó con ello el derecho del adjudicatario de recibir la justa utilidad prevista por la ejecución del contrato, desconociendo la inversión patrimonial e intelectual que efectuó para hacerse acreedor a tal derecho.

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

"Señala el libelo	:	
"Constitución Nacional	:	artículos 16, 20 y 30
"Ley 153 de 1887:		artículo 8o.
"Decreto 528 de 1964	:	"30 ordinal a
"Decreto 150 de 1976	:	artículos 27, 197, 201, 161 y 164
"Decreto 3130 de 1968	:	Artículo 36
"Decreto Ex. 01 de 1984	:	artículos 87, 132 num. 8o., 217 y SS.

"LA CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO se constituyó como parte dentro del presente juicio mediante apoderado debidamente reconocido.

"ALEGATOS DE CONCLUSION

"Fueron presentadas oportunamente por las partes y se encuentran visibles a Fls. 143 a 152 del expediente.

"CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

"La vista fiscal solicita se profiera fallo inhibitorio por las razones allí consignadas (fls. 155 a 160).

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

"CONSIDERACIONES

" I- Como la entidad demandada en este caso, la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO ha propuesto las excepciones de inexistencia del Contrato y de falta de legitimación en la causa por la parte activa, la Sala se limitará en primer término a decidir tales excepciones.

" A.- INEXISTENCIA DEL CONTRATO.- Funda la parte demandada esta excepción en que la CAJA AGRARIA y la Sociedad PROCESAR LTDA. "No suscribieron Contrato alguno para la prestación de servicios de grabación y verificación de datos para procesamiento por computador" y que "las actuaciones desplegadas por una y otra partes en torno del asunto, quedaron reducidas a la mera etapa pre-contractual".

"Señala la parte excepcionante que los Contratos Administrativos pertenecen a la categoría de los llamados contratos solemnes y su perfeccionamiento debe reducirse a la suscripción de un texto escrito, salvo las excepciones consagradas en la ley.

"A este respecto debe señalarse que la acción aquí intentada, si bien se funda genéricamente en las "acciones contractuales", del contexto del escrito de demanda y de su corrección, así como de la forma como se han elevado las peticiones, es claro que la intención de la actora es la de, no obstante obtener que se declare la existencia de una relación contractual, se condene a la CAJA AGRARIA a pagar los perjuicios que se le causaron al no celebrarse el contrato que ésta le adjudicó para la grabación de 2'500.000 registros por un valor de contratación hasta de CUATRO MILLONES DE PESOS ($4'000.000.oo). Sin embargo no se está basando en la existencia de un Contrato previamente celebrado para intentar la acción y de allí que ella no pueda señalarse como típicamente contractual. Para la Sala, nos encontramos más bien ante una acción de reparación directa, dada la forma como se planteó la demanda y la intención perseguida por la demandante cual es, la de obtener la reparación del perjuicio, ocasionado con la no celebración del Contrato, a pesar de haberle sido adjudicada la licitación. De allí que en ningún momento la acción se pueda considerar como típicamente contractual, ya que no existe Contrato y ello lo asevera la demandante y del petitum puede establecerse sin lugar a dudas que la acción no se ejerce con base en un contrato.

FECHA DE CLASIFICACION
FOLIOS

"Lo que quiere el actor es que se le indemnicen los perjuicios y para ello se declare que existía una relación contractual entre la CAJA AGRARIA y PROCESAR LTDA. Ahora bien, si la intención del actor es la de obtener la reparación del perjuicio que se le ha ocasionado y es claro que no existe contrato, al no existir éste pierde fundamento la excepción propuesta, por cuanto la acción no es contractual ni se basa en la existencia previa de un Contrato, como fundamento de la acción que se intenta. Por consiguiente no prospera la excepción de inexistencia de Contrato.

"B.- EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR LA PARTE ACTIVA.- Funda la demandada la excepción propuesta en que conforme al art. 1546 del Código Civil el titular de la acción prevista en dicha norma es el contratante cumplido. Por tanto, debe aceptarse la tesis expuesta por la demandante que entre la CAJA AGRARIA Y PROCESAR LTDA., hubo una relación contractual que se perfeccionó a través de la adjudicación de la licitación privada y obtención de la autorización de la Presidencia de la República, "resultaría que para poder demandar la declaratoria de incumplimiento de tal Contrato y la consiguiente indemnización de perjuicios tendería que haber demostrado que cumplió a cabalidad con sus propias obligaciones contractuales".

"Estima la Sala que la excepción propuesta no prospera y para desecharla basta repasar nuevamente lo que en el punto anterior se expresó para despachar desfavorablemente la excepción de inexistencia de Contrato.

"La actora no está basando su acción en la existencia previa de un Contrato y por tanto no está solicitando la declaratoria de su incumplimiento y la consiguiente indemnización de perjuicios como lo señala la excepcionante. Lo que está pidiendo es que se le indemnicen los perjuicios ocasionados al serle adjudicado un Contrato y posteriormente no celebrarse y para ello en el petitum solicita que se declare la existencia de una relación contractual de carácter administrativo entre la CAJA AGRARIA Y PROCESAR LTDA. y que en razón del incumplimiento de la primera - se le condene al pago de los mencionados perjuicios. Sin embargo, en ningún momento está basando o fundando su acción en un Contrato por cuanto éste no existe.

"Por ello entiende la Sala que la acción intentada es en realidad una de reparación directa, por cuanto la finalidad perseguida por la actora es la de obtener el pago de los perjuicios que le ocasionó la CAJA AGRARIA, al adjudicarle la licitación y posteriormente no celebrar el Contrato. La excepción propuesta por la demandada sólo opera en los casos de acciones típicamente contractuales en las que la acción está erigida sobre la presencia de un Contrato, lo cual no se da en el presente caso.

" II.- Despachadas desfavorablemente las excepciones propuestas, entra la Sala a decidir en el fondo el presente asunto, para lo cual considera:

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

"1o. La demandante PROCESAR LTDA, participó en la licitación privada No. 18/81 abierta por la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO para "contratar los servicios de grabación y verificación de datos para procesamiento por computador, hasta la cantidad de quince millones quinientos mil (15'500.000) registros." (fl. 14). Aún cuando en el expediente no aparece el documento en que conste la invitación que se extendió a la demandante para licitar, ello se presume de acuerdo con los documentos que más adelante se analizan.

"La CAJA AGRARIA, en documento que obra a folio 9 del expediente, autorizó la ampliación del plazo de la licitación Privada No. 18/81; y en documento de 30 de julio de 1981 con número de radicación 438 (fl. 26) dirigido a PROCESAR LTDA., el Subgerente Financiero de la CAJA AGRARIA, comunica a la demandante que como resultado de la licitación Privada No. 18/81 la junta directiva de la entidad en reunión del 28 de julio de 1981 acta No. 1908, le adjudicó a la actora la grabación de 2'500.000 registros por un valor de contratación hasta de cuatro millones de pesos ($4'000.000.oo) y le ruega ponerse en contacto de inmediato con el Departamento de Procesamiento de Datos para efectos de la celebración del Contrato. Aparece igualmente copia de la carta de agosto 28 de 1981 dirigida por PROCESAR LTDA. a la CAJA AGRARIA, sin sello de recibo en esta última entidad, en la cual remite los documentos necesarios para la tramitación del Contrato (fl. 27). A folio 28 aparece una carta de 31 de agosto de 1981, con sello de recibido de la CAJA AGRARIA y dirigida por PROCESAR en la cual solicita a aquella la expedición de una póliza de seguros, por valor de un millón de pesos ($1'000.000.oo) para garantizar el contrato de "grabación de datos para procesamiento por computador" cuya fotocopia anuncia que anexa a tal solicitud.

"De lo hasta aquí expuesto se deduce que evidentemente existió una licitación y que la misma le fue adjudicada en parte a PROCESAR LTDA., la que inició los trámites tendientes a obtener la firma del Contrato con la CAJA AGRARIA y que ésta también los realiza como se pasa a demostrar.

"A folio 29 del expediente aparece la carta de 4 de septiembre de 1981 dirigida a PROCESAR LTDA., por el Director del Departamento de Seguros de la CAJA AGRARIA en la que le manifiesta la imposibilidad de expedirles la garantía de Cumplimiento del Contrato y los deja en libertad para tomar dicha garantía con otra Compañía de Seguros. La CAJA AGRARIA para dar cumplimiento a lo previsto en el Artículo 168 del decreto ley, 150 de 1976, solicitó a la Presidencia de la República la autorización previa y favorable de la misma para celebrar el Contrato la cual le fue conferida como consta en documento auténtico de Diciembre 14 de 1981 (fl. 35) dirigido al Gerente General de la CAJA AGRARIA por la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, y en el cual se autoriza a la citada entidad para celebrar cinco contratos de prestación de servicios de grabación y

verificación de datos para procesamiento por computador, entre ellos el de PROCESAR LTDA., por un valor de Cuatro Millones de pesos ($4'000.000.oo) y un volumen de registros de 2.5 millones. Igualmente aparece copia auténtica de la minuta del contrato a firmar con la demandante (fls. 62 a 64), expedida por la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia, lo que indica que el procedimiento ante tal entidad se surtió con la minuta elaborada por contrato que finalmente no se celebró.

"2o. -De lo expuesto se concluye fechacientemente (sic) que la demandante participó en una licitación privada convocada por la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y que le fue adjudicado parcialmente un volumen de grabación y verificación de datos para procesamiento por computador equivalente en términos de contratación a Cuatro Millones de Pesos ($4'000.000.oo). Igualmente, se encuentra probado que tanto la demandante como la demandada siguieron adelante los trámites para obtener el concepto favorable de la Presidencia de la República, indispensable para la celebración de esta clase de contratos de prestación de servicios y que se obtuvo tal concepto, sin que con posterioridad la CAJA AGRARIA hubiera celebrado el contrato con la demandante.

"Es evidente que para la demandante, al participar en la Licitación Privada y haber obtenido una adjudicación parcial de lo licitado, surgieron expectativas serias y fundadas de prestar su concurso como contratista al tener derecho a la celebración del Contrato, y obtener una remuneración por el mismo. De allí que siguió adelante con todos los pasos tendientes a obtener la firma del Contrato previa solicitud de la entidad contratante y se llenaron todos ellos, no habiendo faltado sino la firma del Contrato, cuestión que incumplió la entidad demandada: y ello es así, por cuanto el artículo 27 del decreto ley 150 de 1976 señala que ejecutoriada la *resolución* de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga, por lo mismo a la entidad y al adjudicatario lo que significa que deben seguirse adelante los demás pasos tendientes a perfeccionar el Contrato. Sin embargo la CAJA DE CREDITO AGRARIO no cumplió con la obligación de firmar el Contrato, no obstante que sometió el mismo al lleno de los demás requisitos exigidos para su perfeccionamiento incluida la aprobación de la Presidencia de la República. Y es que la falta de firma del Contrato, es aceptada expresamente por la misma entidad como puede observarse de la certificación expedida por el Gerente General de la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO cuando señala que "Obtuvo autorización previa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República - se refiere al Contrato-, sin embargo dicho contrato no fue perfeccionado por decisión de la Caja" (fl. 51), lo que ya de por sí indica la violación de la norma antes citada.

"En consecuencia, concluye la Sala que existe derecho a la actora para solicitar el reconocimiento e indemnización de los perjuicios que le fueron

ocasionados con la no celebración del Contrato que le fue adjudicado como resultado de la Licitación Privada No. 18/81.

"3o. Sin embargo en relación con los perjuicios que habrán de indemnizarse se tiene: A. -La actora solicita como indemnización de perjuicios el valor del daño emergente consistente en los gastos relacionados con el pago del arrendamiento del equipo ofrecido en la oferta de licitación, desde la fecha en que se puso a disposición para realizar los trabajos de la CAJA AGRARIA, hasta la fecha de terminación del Contrato de arrendamiento de tal equipo y los relativos al costo de administración de tales equipos. El lucro cesante, que lo materializa en la utilidad dejada de percibir por el incumplimiento de la entidad demandada y en su defecto solicita condena IN GENERE.

"B.- Como en el proceso obra la copia de un Contrato de arrendamiento celebrado entre la actora y la firma C.A.DANIEL Y CIA. LTDA. cuyo objeto lo constituye el arrendamiento por el término de un año a partir del 1o. de junio de 1981 de los equipos señalados en la Cláusula primera del Contrato. Sin embargo tal Contrato, que es un documento privado, no obstante haber cancelado el impuesto de timbre no aparece reconocido por sus signatarios y de su contexto y de las demás pruebas aportadas no se logra establecer que efectivamente él mismo fue celebrado para dar cumplimiento al Contrato que se celebraría con la Caja Agraria.

"Si bien en la propuesta presentada por la actora como oferente de la licitación privada No. 18/81 (fl. 23), aparecen relacionados unos equipos, no se probó que fueron arrendados para dar cumplimiento en cabal forma al Contrato con la CAJA AGRARIA. Por el contrario de la afirmación que aparece en copia de la oferta visible al folio 23 donde se expresa: "nuestras instalaciones cuentan con siete (7) máquinas duales de grabación de "diskette", de la marca IBM, modelo 3742, lo que nos da un total de catorce (14) puestos de trabajo" parece deducirse que tal es el equipo con que cuenta la actora para prestar sus servicios de computación al público en general sin tener en cuenta el evento en que saliera favorecida, lo cual se reafirma en el párrafo siguiente al relacionar los equipos, los que coinciden en cantidad y número de identificación con los relacionados en la cláusula primera del Contrato de arrendamiento traído al proceso. Así las cosas no aparece demostrado que tales equipos fueron arrendados especialmente para tener un complemento de equipos y así dar cabal cumplimiento al Contrato, sino como que parece que tales equipos eran los que usualmente mantenía la actora para la prestación de sus servicios de computación al público en general.

"Así las cosas no está claramente probado el perjuicio que sufrió la actora con el alquiler de los equipos que alega haber realizado para ejecutar el Contrato, como sí aparece probado de los testimonios aportados, que la actora prestaba sus servicios de computación a diversos clientes en general (fls. 114 a 119).

"De otra parte dentro del proceso obra un peritazgo rendido a solicitud de la parte actora (fl. 124) que la Sala no acoge como documento razonado del cual pueda deducirse que aparecen claramente determinados los perjuicios sufridos por el actor. En efecto, para determinar el daño emergente por pago de arriendo y no utilización del equipo, desde agosto 1o de 1981 hasta junio 29 de 1982, se basan en el Contrato de arrendamiento de equipos suscrito entre la actora y C.A. DANIEL Y CIA. LTDA, que la Sala desestimó como antes se expresó. Con base en dicho contrato llegan a las mismas sumas que la actora considera le deben ser indemnizadas, en estudio de costos que anexó al escrito de demanda (fl. 40), por concepto de valor estimado por el alquiler de los equipos de computación y de valor estimado por la administración de dichos equipos, sin hacer consideraciones distintas a las que la misma actora planteó en su escrito inicial. En cuanto al estudio referente al valor de la utilidad legítima dejada de percibir por la enajenación del Contrato, aseveran los peritos que obtuvieron "información en otras empresas que ejecutan trabajos similares y de conformidad con esos datos, lo mismo que con los obtenidos y verificados en la empresa demandante," llegan a la conclusión que la utilidad resultante en un contrato de la naturaleza del adjudicado a la actora, es el del treinta y seis por ciento (36%), SIN QUE HUBIEREN ANEXADO A SU PERITACION DOCUMENTO O PRUEBA ALGUNA QUE RESPALDE SU ASERTO. SIMPLEMENTE AFIRMAN que la ganancia en tal caso es el porcentaje arriba indicado y de tal porcentaje calculan el valor de la utilidad del Contratista, lo cual a todas luces es inaceptable. De allí que la Sala no acoja el dictamen pericial rendido en el presente proceso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 del C.P.C.

"Sin embargo, al no estar probados los perjuicios que alega la actora haber sufrido, determinados en el valor del arrendamiento de los equipos y los costos de administración de los mismos, y la utilidad derivada de la ejecución del contrato que la CAJA DE CREDITO AGRARIO no perfeccionó, entiende la Sala que de todas maneras en equidad habrá de indemnizársele los perjuicios sufridos al no celebrarse el Contrato no obstante haberle sido adjudicado y obtenerse la aprobación de la Presidencia de la República.

"De este punto de la indemnización del perjuicio, considera la Sala aplicable la Jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en fallo de marzo 4 de mil novecientos ochenta y ocho (1988), expediente No. 5073, Consejero Ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, al resolver un caso similar en el cual la administración no adjudicó la licitación al proponente mejor opcionado. La argumentación elaborada por el Consejo, es aplicable al presente caso, por cuanto los extremos de la indemnización a que tiene derecho el proponente son los mismos tanto para quien presenta la mejor oferta y no le es adjudicado el Contrato como para quien habiéndole sido adjudicada la licitación, la administración no le celebra el Contrato respectivo y no logra probar los perjuicios derivados de esa no celebración como serían la utilidad dejada de percibir por la ejecución del Contrato no celebrado. Dijo el Consejo

en esa oportunidad: "... Ese acto -se refiere al de adjudicación- produjo ciertamente perjuicios al licitante vencido. En principio éstos estarían representados por lo que dejó de ganar si se le hubiera adjudicado el Contrato. Pero en este extremo no existe prueba alguna.

"En casos similares la Sala ha optado por fijar esa indemnización en una suma equivalente al valor de la garantía de seriedad de la oferta; garantía que por mandato legal deben otorgar los participantes en la licitación...y como la administración puede hacer efectiva esa clase de garantía en caso de que el adjudicatario de un contrato se niegue a suscribirlo, en igual forma la administración deberá resarcir con suma equivalente a aquella persona que habiendo presentado la propuesta más favorable haya sido dejada por fuera, irregularmente de la adjudicación. A este respecto se reitera el pensamiento de esta misma Sala, expuesto en asunto similar. Así, en la sentencia de enero 30 de 1984 dijo:

" 'En vista de que no existe una norma exactamente aplicable al caso hay que acudir al estatuto contractual para resolver el aspecto aquí cuestionado.

" 'Dispone el Código Fiscal de Boyacá, en norma similar al 22 del Decreto 150 de 1976, que dentro del pliego de condiciones para una licitación se deberá incluir la garantía de seriedad de la propuesta (artículo 63, ordinal 2o. literal f), la que tendrá, entre otros fines responder que el licitante vencedor suscribirá el contrato dentro del término que se le haya señalado so pena de quedar a favor de la entidad en calidad de multa el valor o garantía constituida para tal efecto.

" 'Tanto esa garantía como las demás que operan en la contratación pública estarán sujetas a las pólizas matrices que aprueben la Contraloría Departamental (Artículo 97 del C.F. de Boyacá). En el campo Nacional la Contraloría General de la República cumple idéntico papel.

" 'Como se desprende de las citadas normas, la ley no contempla sino el caso de que el incumplido sea el adjudicatario. Pero, ese vacío no impide que se aplique un principio similar cuando se dé la situación contraria. Si la administración que se allana a cumplir puede hacer suya esa garantía, no se ve por qué el adjudicatario dispuesto a hacerlo no pueda aspirar a un resarcimiento equivalente.

" 'La solución es de equidad, máxime cuando la parte actora no logró acreditar otros perjuicios diferentes. En ese aspecto se comparte la decisión del *a-quo* (Sentencia enero 30 de 1984 proceso 3230. Actor: Francisco Camargo Molano)' ".

"3o.- Tal como lo solicita la actora, el valor correspondiente a la garantía de seriedad de la oferta y que según los pliegos fue de dos millones de pesos

($2'000.000.oo) (fl. 11) se actualizará teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor vigentes al momento de adjudicarse la licitación (índice inicial) y los vigentes a la fecha de esta sentencia (índice final). No obstante que la condena puede ser en concreto, como al proceso no se trajo la garantía de seriedad de la propuesta presentada por el Contratista, en la liquidación de la condena in genere mediante el procedimiento señalado en el artículo 308 del C.P.C. se acreditará tal garantía y se liquidará la actualización de la suma por ésta garantizada conforme a la siguiente fórmula:

" VF = VP IND.F/ IND. Inc.

"de donde VF = indemnización y VP = suma que se actualiza.

"Indemnización = 2'000.000.oo X Ind. Final / Indice Inicial

"Sobre el valor histórico ($2'000.000.oo) se reconocerán intereses desde la fecha de adjudicación de la licitación a la tasa del seis por ciento (6%) anual, hasta la fecha de este fallo.

"Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera en desacuerdo con su colaboradora fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,.

FALLA:

"1.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas en el presente caso, por la parte demandada.

"2.- La CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO es responsable por la no celebración del Contrato adjudicado a la sociedad PROCESAR LTDA, como resultado de la adjudicación parcial de la licitación privada No. 18/81, la cual le fue comunicada en oficio No. 438 de 30 de julio de 1981, suscrito por el Subgerente Financiero de la mencionada entidad.

"3.- En consecuencia, a título de indemnización del perjuicio ocasionado condénase a la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO a pagar a la sociedad PROCESAR LTDA., o a quien represente sus derechos, las siguientes cantidades:

1.- La suma de DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000.oo), la que deberá actualizarse conforme a lo expuesto en la parte motiva. 2.- Los intereses que resulten de aplicar a la suma de DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000.oo), la tasa del seis por ciento (6%) anual dentro de los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

"Esta condena se entiende en abstracto y habrá de liquidarse conforme al trámite señalado en el artículo 308 del C.P.C.

"Las sumas así determinadas ganarán intereses en la siguiente forma: comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

"4.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda. "(fl. 162-176 Cdno. No.1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 179 y siguientes del cuaderno número uno (1), aparece el escrito en que el apoderado de la parte demandada hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo se destaca:

"PRIMERA: El fallo que se impugna, desestimó las excepciones propuestas por el suscrito, aduciendo que la acción intentada por el demandante no era de carácter contractual, sino más bien de reparación directa y cumplimiento.

"SEGUNDA: La verdad es, sin embargo, que en el propio petitum de la demanda, se encuentran los argumentos necesarios para controvertir la tesis esgrimida por el Tribunal como soporte de su sentencia.

"En efecto, resulta difícil considerar que no es una acción contractual la que se intenta con los siguientes fines y en los siguientes términos:

"1.- Declarar la existencia de una *relación contractual* de carácter administrativo entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y la firma PROCESAR LTDA..." y,

"2.- Declarar que la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, incumplió *las obligaciones derivadas de tal relación contractual...*". (Resaltado y subrayado por el suscrito).

"TERCERA: Pero aún en el evento de que, en gracia de discusión, se aceptara que el demandante no se equivocó en la vía procesal escogida, la verdad es que tampoco cabía la sentencia condenatoria que se profirió en el presente proceso.

"CUARTA: Ello es así, por cuanto la acción de reparación directa y cumplimiento está concebida para que la persona que acredite el interés jurídico correspondiente, solicite directamente el restablecimiento de un derecho, la reparación de un daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad.

"Y resulta evidente, que si en el caso *sub-lite* el actor hubiera ejercido la acción Contencioso Administrativa de reparación directa y cumplimiento, sus pretensiones se habrían circunscrito a la reparación de los perjuicios que dice haber sufrido como consecuencia de un hecho administrativo (omisión), consistente en no haber celebrado la Caja Agraria un contrato de prestación de servicios.

"QUINTA: En cualquier caso, para que haya lugar a la indemnización de perjuicios -y de vieja data lo tienen así establecido la jurisprudencia y la doctrina- es menester que el daño patrimonial sea cierto, tanto en la realidad de los hechos como en la realidad procesal. Dicho en otras palabras, quien alega haber sufrido un perjuicio, debe demostrar su existencia y su cuantía, sin que le sea dable al fallador presumirlas.

"SEXTO: En el caso presente, el Tribunal, luego de reconocer que el actor no demostró cabalmente la existencia de perjuicios, resolvió presumirla, sobre la base de considerar que debían ser equivalentes a la suma por la cual PROCESAR LIMITADA aportó la garantía de seriedad de la oferta exigida por la caja en la licitación correspondiente.

"SEPTIMA: Olvidó sin embargo el tribunal, que la cuantía por la que se constituye la llamada póliza de seriedad de la oferta como también de vieja data lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina no constituye una estimación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento de la oferta, sino que indica apenas el monto máximo hasta por el cual la compañía de seguros está dispuesta a responder por los perjuicios que se causen y se demuestren.

"OCTAVA: Así las cosas, no podía tomarse la póliza de seriedad de la oferta como punto de referencia para el cálculo de los perjuicios, porque si ellos no se producen y se demuestran, no hay lugar al cobro de la mencionada póliza.

"Las anteriores consideraciones constituyen el motivo de mi respetuosa discrepancia con la sentencia de primera instancia, y el sustento del recurso de apelación interpuesto.".

- III -

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL DEMANDANTE

Dentro del término de ley presentó su alegato de conclusión, en el cual solicita la confirmación de la sentencia para lo cual discurre dentro del siguiente universo jurídico:

"LAS RAZONES DE LA DEFENSA.

"1. *La desestimación de las excepciones.*

"Tal como lo apreció el fallador de primaria instancia, la demanda formulada está enderezada a obtener el resarcimiento de perjuicios por el hecho probado durante el proceso de que a la sociedad Procesar Limitada se le adjudicó parcialmente la licitación privada No. 18/81, se adelantaron los trámites tendientes a la suscripción del contrato y que éste finalmente no se perfeccionó "por decisión de la Caja".

"En efecto, la sentencia impugnada en la hoja número -9- nos dice que : "2o. -De lo expuesto se concluye fechacientemente (sic) que la demandante participó en una licitación privada convocada por la CAJA DE CREDITO INDUSTRIAL Y MINERO y que le fue adjudicado parcialmente un volumen de grabación y verificación de datos para procesamiento por computador equivalente en términos de contratación a Cuatro Millones de Pesos ($4'000.000.oo). Igualmente, se encuentra probado que tanto la demandante como la demandada siguieron adelante los trámites para obtener el concepto favorable de la Presidencia de la República, indispensable para la celebración de esta clase de contratos de prestación de servicios y que se obtuvo tal concepto, sin que con posterioridad la CAJA AGRARIA hubiere celebrado el Contrato con la demandante".

"Es evidente y así lo reconoció el juzgador, que para la entidad existía la obligación de suscribir el contrato, hecho que no se cumplió a pesar de que "el artículo 27 del decreto ley 150 de 1976 señala que ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga, por lo mismo, a la entidad y al adjudicatario lo que significa que deben seguirse adelante los demás pasos tendientes a perfeccionar el Contrato." (párrafo 3o. de la página citada, que acepta de esta manera apartes del concepto de violación).

"A partir de este presupuesto, se fundamentaron parcialmente las pretensiones de la demanda, toda que vez si de conformidad con la ley existía para la administración una obligación de hacer y ésta no se

cumplió, obvio es que la pretensión debe encaminarse a que se declare tal hecho, que es el presupuesto básico para establecer la responsabilidad del ente comprometido y como consecuencia la obligación de indemnizar los perjuicios que de ella se derivan.

"Es en este sentido que el juzgador interpreta adecuadamente la petición de declarar la existencia de una relación contractual, que no es lo mismo que pretende el apelante, quien enderezó su argumentación de excepciones en torno a la negativa de una supuesta pretensión de declarar la existencia de un Contrato, petición que nunca existió, toda vez que justamente se invocaba como omisión de la entidad el no haber suscrito el Contrato que estaba obligada a suscribir.

"Estimo en consecuencia que la nitidez de la providencia en torno a las razones que fundamentaron la negativa a las excepciones propuestas, no requiere una mayor ampliación.

"2. *De la existencia del daño.*

"Como ya se indicó, durante el proceso quedó plenamente probado que la sociedad PROCESAR LTDA fue lesionada con ocasión de la omisión en que incurrió la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, al no suscribir el contrato a que estaba obligada luego de la adjudicación de la licitación privada No. 18/81 y de la aprobación de la correspondiente minuta por parte de la Presidencia de la República (folio 51). Dicha omisión o "decisión de la Caja", le negó a PROCESAR LTDA el justo derecho de obtener la ganancia o provecho que le hubiera reportado la ejecución del contrato y le produjo pérdidas que se estimaron pericialmente, previa comprobación de las mismas y que fueron probadas por los testimonios recepcionados y no tenidos en cuenta en el momento de fallar.

"Una situación bien diferente es que el juzgador, con fundamento en la libre valoración de las pruebas, no haya acogido la cuantía del dictamen pericial y haya resuelto en equidad tomar para su estimación la que se desprende de la póliza de garantía de seriedad de la oferta y que como se indicó anteriormente, no haya valorado suficientemente la prueba testimonial para acoger la petición de daño emergente, decisión que causa extrañeza y que se espera sea corregida en la actual instancia.

"De esta manera, no es cierto, como indica el recurrente, que no se haya probado el daño. Cuando más y en gracia de discusión (si la H. instancia de su parte no revisa lo atinente al daño emergente probado mediante los testimonios), se tendría que, de acuerdo con el criterio del *a-quo*, el daño no probado es el que hace relación a la pérdida generada a la demandante por haber subutilizado los equipos y el personal, a la

espera del inicio de la ejecución del contrato -conforme a solicitud del ente administrativo comprometido-. Pero no sería verdad la afirmación de la contraparte en cuanto hace al lucro cesante, ya que el daño a este respecto, como ya se dijo, se encuentra plenamente probado y las bases para la estimación del perjuicio, indicadas, aunque ellas no sean compartidas.

"Como bien lo señala el Código Civil en el artículo 2356, "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...". Esta norma nos indica no sólo la obligación genérica de reparar el daño, sino también el derecho que asiste a quien sufre el perjuicio de ser indemnizado.

"Tal derecho sustancial, debidamente probado en un proceso, debe ser objeto de protección y por ello el Código de Procedimiento Civil en su artículo 4o. enseña que 'Al interpretar la Ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial...'

"Por todo lo dicho, respetuosamente solicito a esa H .Sala desestimar los fundamentos del recurso de apelación, efectuar las modificaciones que considere indispensables en cuanto a la prueba y cuantía del daño emergente, que aunque no fue objeto de apelación, si se relaciona íntimamente con los puntos de debate indicados por la contraparte en su recurso, y confirmar en lo que consideren pertinente la sentencia de primera instancia." (fl. 197-199 Cdno #1).

-IV-

VISTA FISCAL

A folios 201 y siguientes aparece el concepto emitido por la Fiscalía Octava (8a.) de la Corporación, en el cual hace las siguientes *CONSIDERACIONES:*

"La confusión o imprecisión de la demanda se explica, porque fue presentada pocos meses después de expedido el nuevo código contencioso, el cual estableció nuevas normas en materia de acciones y en especial las relativas a contratos. La interpretación al respecto ha sido un tanto variable y la misma jurisprudencia así lo demuestra.

"El artículo 87 inciso 3o. del Decreto 01/84, que consagra las acciones relativas a contratos, establece que "los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código".

"El artículo 136 del mismo decreto expresa, que "los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables judicialmente una vez terminado o liquidado el Contrato".

"Tenemos pues que el acto de adjudicación de una licitación es un acto separable porque así lo dice la norma, y en consecuencia en relación con él pueden surgir las diferentes acciones que el mismo decreto establece (art. 84 y 85) como serían: acción de nulidad, de restablecimiento del derecho, de reparación directa y cumplimiento y de definición de competencias administrativas.

"La Sala ya ha admitido la interpretación anterior; así en providencia de abril 22 de 1988 dijo: "Y conforme al inciso final del artículo 87 del mismo código, *"los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código"*, las cuales según los artículos 84 y 85 del citado estatuto, son las de *"nulidad"* y de *"restablecimiento del derecho"*.

"La de nulidad que puede ejercerse en cualquier tiempo aunque, salvo la referida al acto de adjudicación, sólo podrá ejercerse después de *"terminado o liquidado el contrato"* y si la sola declaración de nulidad importa el restablecimiento del derecho, sólo dentro de los 4 meses de su notificación, expedición, comunicación o ejecución del acto si el demandante es un particular, o dentro de los dos años si el accionante es una entidad pública, por mandato de los artículos 84, 85, 87 y 136 del C.C.A. y a reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

" Y la de restablecimiento del derecho según se desprende del mismo articulado, frente a los actos separables del contrato o dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación o comunicación si de ésta se trata.

"Por lo demás, aunque el acto de adjudicación es indudablemente una emisión de voluntad unilateral de la administración y sólo una vez comunicada configura un convenio, y una vez ejecutoriada constituye, una situación jurídica y concreta, como que es irrevocable y obliga a ambas partes (arts. 34 y 35 del D.L. 222 de 1983) lo cierto es que unilateral o bilateral es pasible de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, según queda visto, e igualmente de la suspensión provisional completada en el art. 152 del C.C.A., que no distingue entre unas y otras y que no podía hacerlo ante el mandato del artículo 193 de la Constitución Política". (Expediente No. 5262 CORELCA. Consejero Ponente - Doctor Jorge Valencia Arango).

"A juicio de este despacho, la interpretación que hizo el Tribunal estuvo acertada, en consecuencia las excepciones propuestas por la parte demandada no pueden prosperar.

"En relación con la tasación de los perjuicios, en la sentencia se explicó de manera clara y convincente cuáles eran las razones para no aceptar los gastos relacionados con el pago de arrendamiento del equipo, solicitados por la Sociedad Actora. Como los peritos partieron de la misma base para hacer su cálculo, el sentenciador de instancia, tampoco pudo aceptar el dictamen pericial. Lo anterior no quiere decir que en el presente caso no existan perjuicios, pues quedó probado que la administración no firmó el Contrato después de haber hecho la adjudicación del mismo, ese hecho indudablemente le generó un daño al demandante. Lo que no quedó demostrado de manera satisfactoria fue el monto de esos perjuicios. Para resolver el caso y fallar en concreto, el Tribunal aplicó una jurisprudencia de la Sala que resolvió un caso similar, en donde tampoco se pudo establecer el valor de esos perjuicios.

"El Consejo de Estado, llevado por un concepto de equidad, aplicó al caso que entonces resolvía, la norma aplicable si hubiera sido el proponente beneficiado con la adjudicación, el que se hubiera negado a suscribir el contrato.

"Estimo pues el Tribunal, que la suma de dinero por concepto de perjuicios era equivalente a $2.000.000.oo, correspondiente al valor de la póliza de seriedad de la propuesta".

"Por tanto esta Fiscalía, solicita al H. Consejo de Estado se confirme la sentencia de 29 de Julio de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.".

- V -.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del informativo quedaron debidamente probadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que el día quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981), la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, abrió licitación privada para la contratación de los servicios de "...grabación y verificación de datos para procesamiento por computador, en las cantidades y especificaciones (sic) que se detallan en el capítulo 11..." del pliego de condiciones; (C 1, fl. 10 y ss.ss).

SEGUNDA: Que como resultado de la misma, la Junta Directiva del referido centro de imputación jurídica, en su sesión del día veintiocho (28) de julio de 1961, Acta Nro. 1908, le adjudicó a la firma PROCESAR LTDA, "...la grabación de 2.500.000 registros por un valor de contratación hasta de

$4.000.000...", como se lee en el Oficio que el día treinta (30) de julio de mil novecientos ochenta y uno (1981), dirigió el Subgerente Financiero de la Caja Agraria a la firma demandante (C 1, fl. 26);

TERCERA: Que la Presidencia de la República, mediante Oficio 000812 de quince (15) de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), comunicó al Gerente General de la Caja Agraria, que lo autorizaba para suscribir "....cinco contratos de prestación de servicios de grabación y verificación de datos para procesamiento por computador....", entre los cuales aparece el proyectado con la firma Procesar Ltda, para un volumen de dos millones y medio de registros y por un precio de cuatro millones de pesos ($4'000.000.oo);

CUARTA: Que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en nota suscrita por su Gerente Dr. Mariano Ospina Hernández y dirigida al Secretario de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, calendada el día nueve (9) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), le informa que la citada entidad"... *no celebró con la Sociedad Procesar Ltda, contrato para grabación y verificación de datos, a raíz de la adjudicación parcial de la licitación privada 18/81.* ..." motivo por el cual la "... mencionada firma no prestó servicio alguno de grabación y verificación de datos..." a esa entidad, emanado de la licitación en mención. (C. 1, fl. 51) (subrayas de la Sala).

QUINTA: Que con la nota Nro. 1288 de 9 de julio de 1985, dirigida por el Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero al Secretario de la Sección Tercera del Tribunal, envió copia de la minuta del contrato, aprobada por la Secretaria de Administración Pública de la Presidencia de la República, en cuya cláusula Décima Segunda, se lee:

"Garantía de Cumplimiento. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, el CONTRATISTA constituirá a favor de la CAJA una garantía de cumplimiento por valor de $1.000.000, equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor total del contrato...". Dentro de este marco, se demostró, igualmente, que el Gerente de la firma Contratista solicitó al Departamento de Seguros de la Caja de Crédito Agrario, una póliza de seguros por el citado monto. (C. 1, fl. 28).

B) A la luz del acerbo probatorio que se deja enlistado en el literal anterior, y del que se apreciará cuando se analicen circunstancias particulares del caso, la Sala entra a desatar el presente conflicto de intereses, en segunda instancia, dentro del siguiente marco de valoraciones jurídicas y fácticas.

Es incuestionable, como reiteradamente lo ha dicho la Corporación, que en las licitaciones públicas o privadas el acto dominante, por excelencia,

es el de la adjudicación, adquiriendo el carácter de consecuencial el otorgamiento del documento contractual.

"Desde que la Adjudicación se efectúa, la Administración manifiesta su decisión de celebrar el contrato, porque un acto genera el otro.

"El contrato sólo existe jurídicamente - dice Jéze, Tomo IV, pág. 113, Teoría General de los Contratos de la Administración, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950 - cuando la autoridad pública competente ha tomado su decisión de celebrarlo, poniendo su firma y notificando su decisión al adjudicatario". Hecha la adjudicación a FANAGRA, *ésta tenía derecho a que se otorgara el documento*; único modo de que la negociación llegara hasta el Concejo Municipal, cualquiera pudiera ser la decisión al respecto. *Pero no habiendo cumplido las autoridades distritales con un compromiso que surge del pliego de cargos, y que es consecuencia del procedimiento de la licitación, LE CAUSARON PERJUICIOS A LA PARTE ACTORA, perjuicios que el Distrito debe indemnizar"* (Sentencia junio 27 de 1974. Sección Tercera. Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor Fanagra Ltda, Expediente Nro. 1456). (subrayas de la Sala).

El acto administrativo de adjudicación genera una serie de consecuencias jurídicas tanto para la administración como para el adjudicatario, entre las cuales merecen retenerse las siguientes:

a) El derecho subjetivo de éste último para contratar con el Estado.

b) Deber jurídico correlativo del ente administrativo de celebrar el acto jurídico con el adjudicatario, lo que explica que el licitante no pueda hacerlo con otro que no sea éste. Las anteriores verdades jurídicas explican bien por qué el artículo 27 del Decreto 150 de 1976, igual en este particular al artículo 35 del Decreto 222 de 1983, preceptuará en lo pertinente:

> "Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga, por lo mismo, a la entidad y al adjudicatorio".

c) Derecho del adjudicatorio a la indemnización de daños y perjuicios si el centro de imputación jurídica licitante, antes de la perfección del contrato, desiste de la celebración de éste, sin la autorización expresa y escrita dada por el adjudicatario.

En este particular, la doctrina se muestra firme. Así, José Roberto Dromi, enseña:

> "Derechos del Adjudicatario. La adjudicación crea un derecho subjetivo al postor elegido, quien puede desde ese momento exigir el cumplimiento del contrato. *Si la administración se arrepiente, debe indemnizar los*

daños causados: (La licitación Pública. Editorial Astrea - 1985 - pág. 408) (subrayas de la Sala).

Aplicada la anterior filosofía jurídica al presente conflicto de intereses, la Sala encuentra que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, no obstante haber hecho la adjudicación de la licitación a la firma PROCESAR LTDA, no suscribió el contrato con ésta, sin que haya alegado en su defensa causal alguna que pudiera exonerarla del cumplimiento de ese deber jurídico. Resulta inexplicable e inaceptable, en la interpretación de la conducta del ente demandado, que a lo largo del proceso nada hubiese dicho sobre el particular, limitándose su Gerente a aceptar el hecho, en la nota No. 1288 de 9 de julio de 1985, ignorando el sentenciador la causa, motivo o razón de la omisión. Interpretada, a su vez, la conducta de la firma demandante, no aparece probado, a lo largo del proceso, que ésta hubiese dado lugar, con su comportamiento, a la realización de un hecho que tuviera el alcance de impedir la suscripción del referido acto jurídico. De la misma lectura de la contestación de la demanda, no se desprende cargo alguno, ni censura del demandado a su comportamiento, en la etapa pre-contractual y contractual. Así las cosas, el *ad quem* hace suya la conclusión que se recoge en uno de los considerandos del fallo impugnado, donde se lee:

"En consecuencia, concluye la Sala que existe derecho a la actora para solicitar el reconocimiento e indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados con la no celebración del contrato que le fue adjudicado como resultado de la Licitación Privada No. 18/81" (C1, fl. 171).

C) Para darle fuerza de convicción al fallo, la Sala desea dejar en claro que, en casos como el presente, la administración no puede acudir al expediente de dejar sin piso la adjudicación, poniendo en marcha una conducta OMISIVA, resistiéndose a firmar el contrato. Si este proceder fuera de recibo, se estaría aceptando un procedimiento fraudulento para lograr de hecho la revocatoria de la adjudicación, lo cual resultaría, por lo demás, contrario a la buena fe que debe informar tanto el nacimiento de las relaciones jurídicas, como la etapa del cumplimiento de las obligaciones surgidas de las mismas. Si la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, tenía reparos de fondo, de naturaleza legal, respecto del proceso licitatorio, que había llegado ya hasta la adjudicación del contrato, ha debido acudir a la jurisdicción para demandar la nulidad de los actos administrativos que no se hubiesen ajustado a derecho. Como así no procedió, su conducta omisiva dio lugar al presente conflicto de intereses, con todas las consecuencias indemnizatorias de rigor.

D) El apoderado del ente demandado, propuso en el momento procesal oportuno, las excepciones de "Inexistencia del Contrato" y de "Falta de Legitimación en la causa por la parte activa", lamentándose en su escrito de sustentación del recurso de apelación, porque el *a quo* consideró que la acción

instaurada no era contractual sino más bien de reparación directa y cumplimiento, y también porque el Tribunal, "... luego de reconocer que el actor no demostró cabalmente la existencia de perjuicios, resolvió presumirla, sobre la base de considerar que debían ser equivalentes a la suma por la cual PROCESAR LTDA aportó la garantía de seriedad de la oferta exigida por la Caja en la licitación correspondiente".

Sobre los dos frentes cuestionados, la Sala considera de interés hacer algunas precisiones con alcance jurisprudencial, a saber:

PRIMERA: Parece incuestionable que para el momento, en el tiempo físico, en que se hizo la adjudicación, no era posible hablar de la existencia o perfeccionamiento del contrato, entre otras cosas, porque en el Pliego de Condiciones, bajo el rubro "ADJUDICACION", se precisó que: "El contrato resultante de esta licitación se subordina legalmente en su funcionamiento a la aprobación de la Presidencia de la República, de acuerdo con el artículo 168 del Decreto Ley 150/76": Además, en la minuta de contrato que alcanzó a aprobar la Presidencia de la República, pero que nunca suscribieron las partes contratantes, se dejó en claro, en la cláusula vigésima, que el acto jurídico se entendía perfeccionado sólo cuando el contratista suscribiera, y le fuera aprobada por la Caja, la garantía de cumplimiento.

Esta realidad, sin embargo, no le hace perder al diferendo su naturaleza de controversia contractual, pues el acto de adjudicación como lo ha sostenido la Sala, "... es la culminación de la operación administrativa de selección del contratista y crea una serie de derechos y obligaciones entre la administración y el favorecido, hasta el punto que la etapa subsiguiente no es más que la instrumentalización de ese convenio con sujeción estricta a las bases que se tomaron en cuenta para la adjudicación". (Sentencia Agosto 19 de 1982 M. Bonilla. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

Dentro de la perspectiva jurídica anterior, la Sala considera que la parte actora hizo bien cuando planteó la definición del presente conflicto de intereses dentro del marco de la controversia contractual, pues es incuestionable que entre las partes existió una relación de tal naturaleza desde el momento mismo en que la administración decidió adjudicar el contrato a la firma demandante, determinación que se convirtió en fuente de derechos subjetivos para PROCESAR LIMITADA. No puede perderse de vista que en el caso en comento culminó el proceso de selección, en forma normal, sin que las partes mismas o un tercero interesado lo cuestionara a la luz de la ley o el derecho. Esta precisión se impone porque la Corporación también ha manejado jurisprudencialmente otra situación bien diferente, esto es, aquella que muestra que el proceso licitatorio, una vez iniciado, se queda trunco, para definir que para ese evento, la acción que procede es la de reparación directa. Así, en sentencia de ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), Expediente No. 2748. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

"Pero ¿qué sucede cuando la administración luego de cumplido el trámite licitatorio o de concurso guarda silencio o no hace la adjudicación?

"Estima la Sala que la toma de la decisión final no es discrecional; y que la abstención, sin motivos valederos, puede comprometer la responsabilidad de la entidad licitante. Si bien es cierto los particulares o concursantes sólo tienen una expectativa de adjudicación, sí tienen derecho a que el proceso se defina.

"El silencio de la administración constituye así una omisión que, como tal, puede lesionar los derechos de los interesados *y dar pie para una acción de reparación directa.*

"Esa omisión de la administración equivale a la ruptura de la oferta que se da en el campo del derecho comercial y que en éste se traduce también en una indemnización de perjuicios porque no es posible obligar al oferente a mantener la oferta que hizo y a celebrar el contrato correspondiente... De allí que *el demandante ante la omisión administrativa de culminar el proceso de selección, debió presentar una demanda de reparación directa por los perjuicios que estimó le produjo esa abstención...*" (Subrayas de la Sala).

Por la motivación que se deja expuesta, la Sala no hace suya la filosofía jurídica que manejó el *a quo*, cuando en el fallo impugnado predica:

"A este respecto debe señalarse que la acción aquí intentada, si bien se funda genéricamente en las "acciones contractuales", de contexto del escrito de demanda y de su corrección, así como de la forma como se han elevado las peticiones, es claro que la intención de la actora es la de, no obstante obtener que se declare la existencia de una relación contractual, se condene a la CAJA AGRARIA a pagar los perjuicios que se le causaron al no celebrarse el contrato que ésta le adjudicó para la grabación de 2'500.000 registros por un valor de contratación hasta de CUATRO MILLONES DE PESOS ($4'000.000.oo). Sin embargo no se está basando en la existencia de un Contrato previamente celebrado para intentar la acción y de allí que ella no pueda señalarse como típicamente contractual. Para la Sala, nos encontramos más bien ante una acción de reparación directa, dada la forma como se planteó la demanda y la intención perseguida por la demandante cual es, la de obtener la reparación del perjuicio, ocasionado con la no celebración del Contrato, a pesar de haberle sido adjudicada la licitación. De allí que en ningún momento la acción se pueda considerar como típicamente contractual, ya que no existe Contrato y ello lo asevera la demandante y del petitum puede establecerse sin lugar a dudas que la acción no se ejerce con base en un Contrato". (C 1, fl. 167).

Por lo que hace relación con el segundo ataque que se hace a la sentencia, porque no obstante no encontrar probados los perjuicios alegados por el actor, ordenó que se indemnizaran, tomando apoyo en jurisprudencia de esta Sala, que autoriza, que ellos se tasen tomando como monto el de la garantía de seriedad de la propuesta, él no es de recibo tal como fue presentado, pero su formulación sí lleva a la Sala a modificar el fallo impugnado, pues éste necesita precisión conceptual y de monto económico, en el manejo de la circunstancia particular del caso. En efecto: En el Pliego de Condiciones, bajo el rubro GARANTIAS, se lee: "Los proponentes deberán presentar una Garantía de Seriedad de la Oferta por la suma de $2.000.000.oo...". Se agrega luego que en ella se debe expresar "... claramente que su valor es por la suma única a título de Cláusula Penal Indemnizatoria, en forma tal que la Aseguradora pague una vez la Caja de Crédito Agrario declare que ha tenido lugar el incumplimiento". Finalmente se dispone que el adjudicatario debe presentar una POLIZA DE CUMPLIMIENTO la cual se debe constituir"... *por una suma única e igual al 25% del valor del contrato, a título de Cláusula Penal Indemnizatoria...*". Para la Sala es ésta póliza la que permite fijar el monto de la condena en contra de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, pues al demandante sólo se le adjudicó un volumen de dos millones quinientos mil registros, de los QUINCE MILLONES QUINIENTOS MIL que la citada entidad licitaba. Esta realidad explica muy bien que la firma demandante, en la carta que dirigió al Departamento de Seguros, el día 31 de Agosto de 1981, (C 1, fl. 28), solicitara "... una póliza de seguros por el valor de un Millón de Pesos ($1.000.000.oo), para garantizar el contrato de "Grabación de Datos para Procesamiento por Computador"...".

Interpretando la conducta de las partes, en el manejo de la relación contractual, cabe concluir que cuando la administración adjudica el contrato, y luego no suscribe éste, sin causa que justifique su comportamiento, a la luz de la ley y el Derecho, es la Póliza de Cumplimiento y no la de Seriedad de la Oferta, la que permite fijar el monto de los perjuicios pues siendo comerciante el contratista, estos se presumen como ciertos, probados y definitivos hasta por ese monto, salvo que dentro del proceso se acredite, en debida forma, que ellos fueron mayores, evento en el cual debieran pagarse dentro del marco de lo alegado y probado. No otro es el alcance de lo preceptuado en el inciso final del artículo 72 del Decreto Nro. 222 de 1983, donde se lee: "El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial *PERO DEFINITIVO* de los perjuicios causados a la entidad contratante" (Subraya la Sala). Esta verdad jurídica se confirma con la lectura del artículo 73 del mismo estatuto, donde se preceptúa que el valor de la cláusula penal pecuniaria ingresará al Tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado directamente del saldo a favor del contratista, y si ello no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva.

Dentro de la misma perspectiva discurre la doctrina: Así, Héctor Jorge Escola, en su obra "Tratado de los Contratos Administrativos", Volumen 1. Parte General, Ediciones Depalma, 1977, pág. 413, enseña:

"Sanciones pecuniarias:

"Las sanciones pecuniarias pueden revestir dos modalidades distintas: o bien la de sanciones fijas y predeterminadas, o bien la de la indemnización de daños y perjuicios.

"Las sanciones pecuniarias fijas y predeterminadas, que pueden aparecer bajo la forma de una cláusula penal o de simples multas, son aquellas, establecidas por las partes en el contrato o en los documentos que lo complementan o por las normas generales que son aplicables a la contratación administrativa, en las cuales se dispone *el pago de una determinada suma para el caso de que se incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones previstas para el cocontratante particular.*

"*Este tipo de sanciones, que es muy común en la contratación administrativa por su simplicidad y la facilidad de su aplicación, presenta la particularidad de que para su imposición la administración no debe probar que haya sufrido algún perjuicio, sino que sólo es necesario que se haya demostrado la existencia de una falta al contrato.* Por ello, estas sanciones no tienen en cuenta la reparación de un daño efectivo, sino la presencia de una conducta que significa una trasgresión a lo estipulado contractualmente, al extremo de que igualmente proceden aún en el caso de que la falta contractual no haya significado ningún perjuicio, en esa órbita, para la administración.". (Subraya la Sala).

E) La condena se hará en concreto, por la suma de un millón de pesos ($1.000.000.oo), que es el monto de la Póliza de Cumplimiento que el demandante estuvo dispuesto a otorgar. Ese valor histórico se actualizará, teniendo en cuenta los índices de precios al por mayor, certificados por el Banco de la República en 31 de Agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981), (índice inicial) y los vigentes a la fecha de la sentencia proferida por el *a quo*, como lo dispuso éste, en decisión que no fue impugnada por el actor. Al presentar la cuenta de cobro, se adjuntará el certificado expedido por la citada entidad bancaria, a que se ha hecho referencia, y se aplicará la siguiente fórmula:

VP = Vh I. Final/ I. Inicial

VP = $1.000.000.oo I. julio 1988/ I. Agosto 1981

Sobre el valor histórico de un millón de pesos ($1.000.000.oo) se reconocerán intereses de seis por ciento (6%) anual, a partir del treinta y uno

(31) de Agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981), hasta la fecha del fallo del *a quo*, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses, pues la ley prohibe al anatocismo.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMANSE los numerales primero (1), Segundo (2) y cuarto (4) de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día veintinueve (29) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero (3) de la misma sentencia, el cual quedará así:

En consecuencia a título de indemnización del perjuicio ocasionado, condénase a la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, a pagar a la sociedad PROCESAR LTDA, o a quien represente sus derechos, las siguientes sumas de dinero: 1-) UN MILLON DE PESOS ($1.000.000.oo), monto que deberá actualizarse en la forma indicada en la parte motiva de esta sentencia; 2-) Los intereses que resulten de aplicar a la suma de UN MILLON DE PESOS ($1.000.000.oo), una taza de interés técnico del seis por ciento anual (6%), teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses, en la forma dispuesta también en los considerados de esta sentencia.

Las sumas así determinadas ganarán intereses en la siguiente forma: comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo; Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Julio Cesar Uribe Acosta;*

Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO DE ADJUDICACION-Consecuencias.**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**-Improcedencia.**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**-Monto. **PERJUICIOS**-Presunción. **CLAUSULA PENAL PECUNIARIA** (Salvamento de voto)

Mientras el artículo 860 del C. de Co. habla de contrato condicionado el fallo se refiere a derecho a contratar, lo cual, jurídicamente es distinto. Carece de rigor referirse a un proceso contractual viable cuando al mismo tiempo se dice, en forma expresa, que no hay contrato. Cuando se discutió el proyecto, se esgrimió la tesis sobre presunción de lucro en toda actividad comercial, para justificar la presunción del daño. Interesante tesis pero discutible en cuanto al alcance que se le da y contradictoria, además, con reciente posición de esta Sección sobre exigencia de la prueba del daño en un contrato incumplido que si bien era civil, sin embargo, era de la especie de los onerosos (Sentencia de octubre 14 de 1989, Exp. 5685. Actor: Ciro Angarita Barón).

Ref: Expediente No. 5556 Actor : Sociedad Procesar Limitada

Con respeto por el concepto mayoritario discrepo de la decisión a que se llegó porque:

1°. En la página 33 de la providencia al enumerar algunas de las consecuencias que se derivan del acto administrativo de adjudicación se mencionan:

"a) El derecho subjetivo (del adjudicatario) para contratar con el Estado.

"...

"c) Derecho de adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios si el centro de imputación jurídica licitante, antes de la perfección del contrato, desiste de la celebración de éste, sin la autorización expresa y escrita dada por el adjudicatario".

No comparto estas afirmaciones pues el art. 860 del Código de Comercio dispone: "En todo género de licitaciones, *públicas o privadas*, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se despacharán las demás".

Entonces, mientras la norma habla de contrato condicionado el fallo se refiere a derecho a contratar, lo cual, jurídicamente, es distinto.

Cuando en Sala abogué porque se hiciera un estudio más a fondo sobre el sentido e implicaciones de la norma, olímpicamente se desechó el pedido.

2°. Carece de rigor referirse a un proceso contractual viable cuando al mismo tiempo se dice, en forma expresa, que no hay contrato. Si lo último fuera cierto (a contravía de lo normado en el precitado artículo 860) , la entidad demandada habría incurrido en culpa in contrahendo, de pura estirpe extracontractual, que si ocasionara daños daría lugar a su reparación bajo los principios y regulaciones de la responsabilidad también -obviamente- extracontractual, que exíge, que los perjuicios se demuestren por el actor.

3°. Pero es más; el fallo, después de afirmar la inexistencia del contrato considera que deben estimarse como perjuicios los equivalentes al valor de la cláusula penal indemnizatoria que debería haberse pactado en el contrato a favor de la entidad administrativa, como si lo que se hubiera pactado en favor de una de las partes pudiera entenderse acordado también en favor de la otra. Incomprensible razonamiento jurídico, aparte de no ajustarse a las normas del derecho positivo colombiano acerca de la interpretación de las convenciones.

¿Cómo es posible, me pregunto, no solo presumir los daños sino también presumir su cuantía?

En la reunión de Sala, cuando se discutió el proyecto, se esgrimió la tesis sobre presunción de lucro en toda actividad comercial, para justificar la presunción del daño. Interesante tesis pero discutible en cuanto al alcance que se le da y contradictoria, además, con reciente posición de esta Sección sobre exigencia de la prueba del daño en un contrato incumplido que si bien

era civil sin embargo era de la especie de los onerosos. (sentencia de Octubre 14 de 1.989, Exp. 5685, Actor: Ciro Angarita Barón).

Respetuosamente,

GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Bogotá, 19 de Julio de 1.990.

LICITACION PUBLICA - Irregularidad . **PROCESO LICITATORIO**- Irregularidad. **CONTRATO ADMINISTRATIVO. ADJUDICACION. NULIDAD ABSOLUTA. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS** - Improcedencia

El llamado a licitar, es un pedido de ofertas, que debe ser anunciado siempre en la forma prescrita en la ley, en el caso particular, en el Código Fiscal del Departamento del Cesar. La publicidad, es presupuesto fáctico esencial en el manejo del procedimiento administrativo, que tiene como fin querido la contratación y, por lo mismo, no le es lícito a la administración buscar normas de cobertura para eludir su obligado cumplimiento. La jurisprudencia y la doctrina se muestran firmes para predicar que el incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley para la apertura de la licitación, o la publicación incompleta, deficiente o imprecisa, provocan la nulidad.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera

Bogotá, D.E., Julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 5860 Actor : Distribuidora del Cesar "Discosar Ltda". Demandado: Departamento del Cesar.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el día veintitrés (23) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), que denegó las súplicas 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 él se lee:

"La sociedad denominada "Distribuidora Comercial del Cesar Discosar Ltda", domiciliada en Valledupar y representada por Rafael Gualdrón Vargas, por conducto de su procurador judicial, doctor Benjamín Hernández Caamaño, abogado titulado, portador de la tarjeta profesional número 15.994 otorgada por el Ministerio de Justicia, cedulado bajo el número 5`013.259, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, ha presentado demanda contra el Departamento del Cesar, para que en sentencia se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

" 1. Es nulo el acto administrativo constituído por la Resolución Nro. 003033 del 7 de octubre de 1988 expedida por la Gobernadora del Departamento del Cesar, Doctora María Inés Castro de Ariza, mediante la cual se adjudicó a la firma Aquiles Trevisi y Cía. Ltda. la Licitación Pública No. DC05-88 y dispuso la suscripción del correspondiente contrato.

"2. Como consecuencia de lo anterior y a manera de restablecimiento del derecho se condene al Departamento del Cesar a pagar a la demandante Distribuidora Comercial del Cesar 'Discosar Ltda', los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante).

"Nota: La sentencia en este aspecto será en concreto, o, si no fuere posible, in genere para su ulterior liquidación por el procedimiento del artículo 308 del C. de P.C.-

"3. Petición Subsidiaria: Si para la fecha en que se emita el fallo no hubiere vencido el término de la vigencia del Contrato a que se refiere el acto demandado, entonces que se *ordene* al demandado la liquidación del mismo".

"En la adición de la demanda presentada posteriormente, acerca de las pretensiones de la demanda se expresó:

"A. Se mantienen, inalterables, las pretensiones primera (relativa a la nulidad del acto) y segunda (concerniente a la petición de condena de los perjuicios).

"B. Suprime la "NOTA" escrita a continuación de la pretensión segunda y, en su lugar, como parte de dicha pretensión, se agrega el siguiente párrafo:

"Consiguientemente se condena a la parte demandada a pagar a la parte demandante la suma de Doscientos Cincuenta y Ocho millones ochocientos noventa y cinco mil ciento veintiún pesos ($258.895.121.oo), debidamente actualizada con base en los índices de precios certificados por el DANE, por concepto de perjuicios, más los intereses (al 6% anual) causados desde la fecha en que debió iniciarse el Contrato (OCTUBRE DE 1988) hasta la fecha en que quede ejecutoriado este fallo".

"Igualmente y por concepto de perjuicios materiales (en la modalidad de daño emergente) se condena a la parte demandada a pagar a la parte demandante la suma de novecientos veintitrés mil setecientos treinta y cinco pesos ($923.735.oo) que es el valor de los gastos que el demandante relacionó en el acápite o intertítulo de la demanda denominada "SUSPENSION PROVISIONAL".

"Si no se produce sentencia en concreto, que expida *in genere*".

"Los hechos fundamentales de la acción fueron narrados inicialmente así:

"1. El Departamento del Cesar, según Resolución No. 002488 del 22 de Agosto de 1988 expedida por la señora Gobernadora, doctora María Inés Castro de Ariza, abrió la Licitación Pública No. DC-05-88 para la introducción, distribución y comercialización de los productos de la Industria Licorera del Departamento de Caldas, acto administrativo que, además, señaló como fecha y hora de apertura el día 14 de septiembre de 1988 a las 8:00 A.M. y fecha y hora de cierre para el día 23 de septiembre de 1988 a las 4:00 P.M.

"De salida, el proceso licitatorio comenzó y habría de terminar con clara e irrefutable violación del artículo Primero del Decreto 00002 del 15 de enero de 1988 (publicado en la Gaceta del Cesar, Edición Extraordinaria de Enero 9 de 1988) que dispuso modificaciones y adiciones al Código Fiscal Departamental (Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985), que modificó su artículo 78, pero manteniendo la redacción de su numeral 4 el que dispone lo siguiente:

"El plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre su apertura y su cierre, se señalará de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato, *y no podrá ser inferior a diez (10) días calendario*".

"Siendo ello así se tiene que, de acuerdo con la ley, el término de diez (10) días calendarios vencían en la noche del 23 de septiembre de 1988, es decir, a las 12:00 P.M. y en interpretación benigna entonces ese plazo tenía que vencerse el 23 de septiembre (de 1988) a las 5:45 P.M., (en la tarde), que es la hora hasta la cual se labora en la Gobernación del Departamento, según la certificación del 6 de octubre de 1988, expedida por el Jefe de Personal, Carlos Alberto Aramendiz Tatis, que se adjunta.

"Queda claro entonces que la licitación aludida no debió disponerse su cierre para las 4:00 de la tarde de la aludida fecha, tal como consta en el acto administrativo que se ha venido aludiendo y en la primera hoja del Pliego de Condiciones.

"2. A la Licitación Pública DC-05-88 concurrieron dos licitantes: Distribuidora Comercial del Cesar "Discosar Ltda.", y la firma "Aquiles Trevisi y Cía Ltda.".

"Discosar Ltda. presentó una propuesta por $2.588.951.211.oo, que corresponde a los impuestos de consumo de que trata la Ley 14 de 1983 a percibir por el Departamento del Cesar en un plazo de cuatro (4) años y sobre este valor liquidó el 10% de la garantía de seriedad como consta en la póliza inserta en dicha propuesta.-

"Por su parte, Aquiles Trevisi & Cía Ltda. presentó una propuesta (por el mismo período de años) por la suma de $1.750.291.155.36.-

"Las propuestas fueron evaluadas por una comisión que rindió el informe pertinente y el que consta en Acta 01 de septiembre 29 de 1988 suscrita por los Doctores Alfonso Gutiérrez Céspedes, Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento, José Alberto Orozco, Jefe del Departamento Administrativo de Planeación, Alvaro Morón Cuello, Presidente de la H. Asamblea Departamental del Cesar y Fernando Calderón Ocampo, Representante de la Industria Licorera de Caldas.

"Este informe se llevó a su vez, al Consejo de Gobierno como consta en el Acta No. 0024 de septiembre 30 de 1988 suscrita por la Gobernadora del Departamento y Presidente del Consejo de Gobierno, Doctora María Inés Castro de Ariza, y el Secretario privado y Secretario del mismo Consejo, Doctor Alberto Herazo Palmera.

"El proceso licitatorio (esa actuación administrativa) concluyó con un acto administrativo que le puso fin y fué la Resolución No. 003033 del 7 de octubre de 1988 mediante la cual se resolvió adjudicar la Licitación Pública No. DC-05-88 para la introducción, distribución y comercialización de los productos de la industria Licorera de Caldas en el Departamento del Cesar a la firma Aquiles Trevisi & Cía. Ltda. y dispuso, además, el término para la suscripción del Contrato pertinente.

"Este acto administrativo le fue comunicado a la ahora demandante.

"3.- Según el informe de la Comisión Evaluadora, que, se repite, consta en el Acta 01 de septiembre 29 de 1988, reseñada en el hecho anterior, la propuesta de la ahora demandante le individualizan, en síntesis, dos fallas:

"A. Que la propuesta, supuestamente, contiene errores aritméticos consistentes, según el informe que se reseñó, en que la garantía fue liquidada sobre 902.628 cajas y la base debió ser sobre 902.655.

"Es un sofisma. Los resultados, en pesos, están correctos y es obvio que lo que al Departamento interesa, desde un punto de vista de la favorabilidad de la propuesta, es que con base en el programa de ventas, la entidad territorial habría recibido, como impuesto mínimo durante cuatro años, la suma de dos mil quinientos ochenta y ocho millones novecientos cincuenta y un mil doscientos once pesos ($2.588'951.211.oo) frente a la propuesta competidora que tan sólo ofrece la suma de mil setecientos cincuenta millones doscientos noventa y un mil ciento cincuenta y cinco pesos con treinta y seis centavos moneda legal ($1.750'291.155.36), es decir, la parte demandante (Discosar Ltda) ofreció más, por encima de la segunda, de ochocientos millones de pesos ($800.000.000.oo).

"Discosar Ltda., tal como lo señaló en su propuesta, conoce todo el mercado del Departamento del Cesar con una clientela "cautiva" (comerciantes a los que la firma les vendía a créditos y con facilidades de pago), con amplio conocimiento del medio logró colocar el producto de Licores de Caldas en un buen nivel de consumo frente a difíciles competidores que distribuyen Licores de Antioquia, Santander, Magdalena, etc., y todo ello aunado a la experiencia representaba altos volúmenes de ventas que, a su vez, les significaba al Departamento del Cesar una mayor capacidad del impuesto de consumo, circunstancia que ayudaba enormemente a un Departamento relativamente pobre.

"Todo ello condujo a que la demandante presentara una propuesta seria y alagadora para los intereses del demandado.

"El otro licitante, que merece todo nuestro respeto, pero que desconoce indudablemente el mercado de este Departamento, presentó una propuesta realmente tímida".

"No se pretende ser suspicaz, pero nada distinto a intereses ocultos conduce a creer que haya sido el motivo determinante para la tan ostensible desacertada decisión de escoger la propuesta más baja.

"En todo caso, en el curso de este proceso se pedirá y practicará peritación para la revisión técnica de las propuestas en el aspecto analizado.

"B. Que la propuesta de Discosar Ltda. "no cumple con el numeral 8.3 del Pliego de Condiciones, puesto que no ofrece el porcentaje *solicitado* en tal punto" (indica el informe de la Comisión Evaluadora).

"Sobre este tópico, es conveniente precisar lo siguiente:

"B.1. El pliego de Condiciones, como su mismo nombre lo indica, contiene, precisamente, las mínimas condiciones que impone o exige la entidad oficial.

"El numeral 8.3 del Pliego de Condiciones dice:

"El Departamento del Cesar recibirá de parte del Contratista Distribuidor un porcentaje del ————% (espacio en blanco, Honorables Magistrados) provenientes del precio de venta del producto...".

"(Se destaca, Honorables Magistrados, que el Departamento no le estaba solicitando a los licitantes porcentaje alguno, ni tampoco señaló como su "condición" dicho porcentaje al que la entidad aspirara, y es obvio que nadie pueda adivinar qué es lo que otra persona quiere).

"El Departamento debió señalar un porcentaje mínimo y el licitante, si conviene o no a sus intereses, decidirá si participa o no en la licitación, y en caso de participar si se acoge al señalado u ofrece uno mayor para mejorar su propuesta.

"Este argumento se refuerza y se entiende mejor si se tiene en cuenta que, anexo al Pliego de Condiciones, consta el "Contrato Proyectado" (Literal "h" del artículo 78 del Código Fiscal Departamental) y en este se destacan las siguientes cláusulas:

"SEPTIMA. El Departamento del Cesar recibirá.... y/o la participación que determine el Departamento de acuerdo con el artículo 62 (sic) de la ley 14/83".

"VIGESIMA OCTAVA: De acuerdo al artículo 63 de la ley 14 de 1983, el Contratista Distribuidor, le dará al Departamento del Cesar una participación equivalente al — del precio de venta...". (sic).

"B.2. Se concluye entonces, que el Departamento del Cesar debió precisar esa "Condición" de manera expresa en el Pliego.

"4. Tanto por el valor de las propuestas presentadas y también por las estadísticas que el mismo Departamento del Cesar tiene, lo cual será

objeto de la prueba pertinente, que sabe los valores recaudados por impuesto de consumo de Licores de Caldas, la entidad oficial claramente estaba en capacidad de establecer que esta Licitación necesariamente superaba los 12.000 salarios mínimos legales y que por consiguiente, previamente a su apertura, debió publicar cuatro (4) avisos (Inciso 2o. del Numeral 3 del artículo 78 del Código Fiscal Departamental), obligación legal que se pretermitió y que consecuencialmente el proceso licitatorio se hizo con violación de la ley".

"Estos hechos fueron adicionados más tarde, como puede verse a folios 97 a 105 del expediente.

"Con la presentación de la demanda, se pidió la suspensión provisional del acto acusado y el Tribunal en providencia de fecha 26 de octubre de 1988, negó la medida impetrada.

"El Departamento del Cesar, otorgó poder al Doctor Milton Habib Molina, identificado con cédula de ciudadanía número 7796 y tarjeta profesional número 4.261 otorgada por el Ministerio de Justicia, quien se opuso a las súplicas de la demanda, alegando que el proceso licitatorio y la adjudicación a Aquiles Trevisi y Cía Ltda. se ajustaron a la ley, es decir, a las Ordenanzas 030 de 1985 y 009 de 1987 y al Decreto 002 de 1988.-

"Por su parte la sociedad Aquiles Trevisi y Cía Ltda., compareció al proceso por medio de su apoderado doctor Samuel Gómez Domínguez, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 1.759.779. con tarjeta profesional número 1.117, quien también se opuso a las súplicas de la demanda; propuso la excepción de falta de causa para pedir, irregularidades intranscendentes, saneamiento de las omisiones por conducta concluyente y argumentó en tal sentido lo siguiente:

"1. La licitación es un concurso que no crea derecho a favor de los proponentes, sino meras expectativas. No obstante, cuando la administración rechaza una propuesta ostensiblemente más favorable puede dar lugar a una condena, pero nunca a la terminación y liquidación del contrato celebrado.-

"Juega un papel importante en estas situaciones el concepto de la favorabilidad o conveniencia a los intereses de la Administración. Opino que el debate se va a plantear en este punto: ¿cuál propuesta es más favorable a los intereses del Departamento del Cesar? Aunque este criterio lo establece la propia administración. No cabe la menor duda que la propuesta más favorable a los intereses departamentales es la de mi cliente AQUILES TREVISI LTDA. Veamos:

"a). La venta de los Licores va íntimamente ligada a un rubro presupuestal, por lo tanto, la administración que maneja los datos históricos de las ventas del producto sabe quien está inflando su propuesta o no. Una propuesta exagerada lejos de ser la más conveniente puede ser un indicio de un futuro incumplimiento del contrato.

"b). Los que alguna experiencia tenemos en esta clase de negociación, sabemos que un Gobernante previsivo y responsable, se atiene generalmente a la propuesta mínima, porque acontece que es la que está acorde con la capacidad del mercado. Esto fue lo que hizo el Gobierno Departamental.

"c). Partiendo del anterior planteamiento tenemos:

"I).DISCOSAR:

"Impuesto de Consumo	$1'726.011.150.oo
"Participación de ventas	$ - 0 -
"Aportes contra el contrabando	$ 68.040.446.oo
"Total:	$1'795.051.596.oo

"II.-TREVISI:

"Impuesto de Consumo	$1'630.155.952.20
"Participación ventas	$ 392.410.424.26
"Aportes contra el contrabando	$ 123.053.040.oo
"Total:	$2.145'619.416.48

"Los números hablan por sí. La situación es clara.

"Las irregularidades.- Habla el actor de algunas irregularidades en los términos y publicaciones. Se trata de omisiones intranscendentes en este caso, ya que los participantes intervinieron en el concurso sin contratiempo alguno.-

"En el peor de los casos, estaríamos en presencia de nulidades relativas que en este caso quedó subsanada por ratificación tácita, al no ser alegada en el momento oportuno (art. 79 del D. 222/83).

"Por otra parte, el término y las publicaciones cumplieron su cometido, sin lesionar los intereses de los únicos licitantes, lo que quiere decir que es aplicable por analogía el art. 156, num. 40 del C.P.C.".

"A folios 271 a 272 aparece el alegato de conclusión del apoderado de Aquiles Trevisi & Cía Ltda.

"A folios 273 a 278 se aprecia el del Doctor Milton Habib Molina, apoderado judicial del Departamento del Cesar y finalmente, a folios 279 a 287 encontramos el del apoderado de la parte actora.

"La parte actora estima como violadas las disposiciones que a continuación se detallan: inciso 2o. del numeral 3 y numeral 4 del artículo 78 del Código Fiscal del Departamento del Cesar (Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985 y el artículo 89, numeral 2o. del mismo Código, así como también el artículo 81 ibídem.-

"Esta ordenanza fué modificada por el Decreto 000002 de 15 de enero de 1988.-

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"Antes de resolver sobre el fondo de las litis, estudiemos la excepción propuesta por el apoderado de Aquiles Trevisi & Cía Ltda, o sea la de "falta de causa para pedir".

"La excepción aludida anteriormente carece de fundamento jurídico, porque justamente en esta sentencia se resolverá si la parte actora, podía actuar como parte legítima en este proceso o no.

"Ya en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el tan socorrido recurso defensivo de alegar como excepción de mérito, la inexistencia o carencia de acción, el cual no tiene ningún fundamento en la moderna teoría general del proceso, se explica quizás por la falta de técnica del anterior Código de Procedimiento Civil que a veces confundía la acción con el derecho sustancial (de) (sic) a la pretensión, conceptos hoy claramente precisados y definidos en el nuevo ordenamiento.

"Como se sabe, la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos judiciales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.

"Precisamente por ello, Devis Echandía, al definirla y señalar sus características dice que la acción es un derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que corresponde a toda persona natural o jurídica,

para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto. Tomada, pues, en este sentido, que es al que realmente corresponde, la acción siempre existiría, aún en el caso de que aquella demanda sea temeraria y el derecho pretendido no tenga existencia.

"Lo invocado por el excepcionante en relación con irregularidades intranscendentes, saneamiento de las omisiones por conducta concluyente, vienen a constituir una explicación de sus razones para sustentar la excepción y que se nieguen las pretensiones de la demanda, pero en manera alguna puede considerarse como excepciones independientes.

"No prospera, pues, la excepción propuesta.

"Como quiera que se está impugnando un acto administrativo por violación de unas normas superiores, las consideraciones del Tribunal única y exclusivamente versarán sobre esos tópicos.

"Violación del inciso 2o. del numeral 3 del artículo 78 de la Ordenanza 030 de 30 de noviembre de 1988. (sic).- La norma acabada de citar fue modificada por el Decreto 000002 de 15 de enero de 1988 expedido por la Gobernación del Departamento del Cesar, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 78.- "Procedimiento para la licitación pública: La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas:

"1). . .

"3). Dentro de los 20 días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicará por lo menos dos avisos, con un intervalo no inferior a cinco (5) días calendarios, en uno o más periódicos de amplia circulación nacional.

"Cuando la licitación fuere internacional o su cuantía excediere de 12.000 salarios mínimos legales, dentro de los 30 días calendarios anteriores a su apertura, deberán publicarse cuando menos, cuatro (4) avisos con el mismo intervalo. El último aviso deberá ser publicado con antelación no inferior a cinco (5) días calendarios a la apertura de la licitación.

"Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación.".

"Aceptando que el valor de la licitación hubiere sido superior a los doce mil (12.000) salarios mínimos y en consecuencia se requiriesen las publicaciones de cuatro avisos, es el caso de indicar, que nos encontraríamos frente a una nulidad relativa del contrato, pero no frente a la nulidad de la resolución que adjudicó la licitación".

"En efecto, la no publicación de los cuatro avisos constituye una irregularidad que al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Código Fiscal Departamental, podía alegarse por los interesados y sanearse por ratificación expresa o tácita de las partes.

"Es indudable que al abrirse la licitación pública número DC-05-88, mediante la resolución 002488 de 22 de 1988 (sic) y especificarse como fecha de apertura el día 14 de septiembre de 1988 y como fecha de cierre el 23 de septiembre del mismo año, no podían de ninguna manera publicarse los cuatro avisos si se tiene en cuenta que éstos debían publicarse con un intervalo de cinco días para cada uno y el término de la licitación era apenas de diez días.

"Ahora bien, si la sociedad actora participó en el proceso licitatorio, sin oponerse en ningún momento, fué porque convino en ello, ratificando de esa manera la actuación de la administración.

"Bien hubiera podido demandar la nulidad y la suspensión provisional de la resolución que declaró la apertura de la licitación y no lo hizo.-

"De otra parte, cabe anotar, que a Discosar no se le impidió licitar, porque participó en el debate licitatorio.

"Otra cosa es que no hubiere resultado favorecida con la adjudicación de la licitación.

"Quien interviene en una licitación, lleva apenas una expectativa, pero jamás la certeza de ser favorecido. Si así fuera, sobraría el proceso selectivo que se hace al escoger a la persona que mejores garantías ofrezca a la administración, según criterio de ésta, ajustado a la ley.

"Tal vez, otras personas que se hubieren podido sentir afectadas por no poder concurrir a la licitación hubiesen podido demandar por habérseles privado de ese derecho.

"Pero este no es el caso de la sociedad demandante que intervino hasta el último momento en el proceso licitatorio.

"Obsérvese cómo el numeral 2 del artículo 89 del Código Fiscal, establece que la licitación debe declararse desierta cuando se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los *requisitos esenciales.*

"La no publicación de los cuatro avisos no constituye requisito esencial, porque de ser así, hubiese sido incluída su omisión, como causal de nulidad absoluta del contrato en el artículo 78 del citado estatuto.

"Estima el tribunal que la omisión planteada no apareja la nulidad de la Resolución de adjudicación de la licitación.

"Otro tanto, tenemos que decir en relación con el numeral 4 del artículo 78 citado, en cuanto señala que el plazo de la licitación no podrá ser inferior a diez (10) días calendario y del texto de la apertura de la licitación, se infiere que fue inferior a diez días.

"Eso es una verdad incontrastable, pero repetimos, esa irregularidad no puede ser alegada como causal de nulidad, por quien a ciencia y paciencia, participó, a sabiendas, en la licitación y esgrimirla sólo cuando resultó vencido finalmente en el referido proceso licitatorio.

"Los cargos aludidos no pueden prosperar.

"Violación del artículo 81 de la ordenanza 030 de 30 de noviembre de 1985.- La norma establece: "Criterios para la adjudicación. -La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones o términos de referencias, según el caso.

"En la evaluación de las propuestas deberá 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 correspondientes, 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 oferentes. . .

"En 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.".

"El concepto de violación de la norma transcrita se encuentra esbozado en los siguientes términos:

"Se violó el artículo 81 de la Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985 (Código Fiscal Departamental), ya aportada, por cuanto la parte demandada desconoció los criterios adecuados para adjudicar tal como el de la "solvencia económica porque, comparadas ambas Propuestas, (balances y estados de pérdidas y ganancias), claramente se refleja que la de mayor solvencia es Distribuidora Comercial del Cesar "Discosar Ltda." e igualmente que (último inciso de la norma citada) "en igualdad de condiciones, deberá preferirse la Propuesta que ofrezca mejor precio"

y es obvio que la ahora parte demandante ofreció más de ochocientos millones ($800'000.000.oo) por encima de la Propuesta de Aquiles Trevisi & Cía Ltda".-

"Como puede observarse, la demanda hace hincapié en el aspecto "solvencia económica", para concluir que la oferta de Discosar sobrepasaba a la sociedad adjudicataria en la suma de ochocientos millones ($800'000.000.oo).

"La adjudicación es el acto administrativo mediante el cual el jefe del organismo licitante decide cual es la persona escogida o seleccionada con la cual se va a contratar. Esa decisión debe estar precedida de un estudio de las propuestas, y de un cuadro comparativo de éstas, en el cual se le da un porcentaje a cada uno de los factores de adjudicación: precio, plazo, calidad, cumplimiento, capacidad, experiencia, organización y equipo, conforme al tanto por ciento que a cada uno de ellos se haya señalado en el pliego de condiciones. Generalmente ese cuadro lo elabora la Junta de Licitaciones.

"Por criterio de adjudicación se entienden dichos factores.-

"Pero debe decirse que hay un criterio básico, rector, que es el de la propuesta más favorable a la administración. Esa favorabilidad depende, en cada caso, de las necesidades del servicio: unas serán el precio, otras la calidad, etc.-

"Como lo dice la norma, esos criterios, deben tenerse en cuenta "en forma rigurosa" o sea, que no se pueden omitir. Pero entre ellos no hay prioridades (salvo que varias propuestas estén en igualdad de condiciones) dado que debe imperar la más favorable.-

"La decisión de adjudicación tiene doble aspecto: determinar cuál propuesta es la más ventajosa y a la vez la declara aceptada. El criterio para seleccionar al contratante es claro y preciso: debe aceptarse la propuesta más ventajosa. Generalmente lo será la que cotiza precio más bajo, especialmente en las licitaciones en que los licitantes solo tienen que fijar el precio. Pero no siempre ocurre así, pues a veces hay que considerar también otros factores.-

"La apreciación de cuál oferta es más ventajosa compete a la administración, a cuyo efecto dispone de asesores técnicos que ilustran al jerarca llamado a decidir. Pero dicha apreciación aunque discrecional, no es ilimitada.

"Esto es así, incluso cuando el pliego contiene la cláusula (bastante frecuente), de que la administración elegirá la propuesta que a su sólo juicio estime mas ventajosa. Esta cláusula da una gran laxitud en la

apreciación; pero no autoriza a prescindir de la oferta que evidentemente sea la más ventajosa (Sayagüés Laso, Enrique)

"A folio 153 del expediente existe un cuadro comparativo de las dos personas jurídicas licitadoras, elaborado por el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Departamental, en el cual se destaca que el total de ingresos al Departamento por parte de Discosar Ltda. será de $1.795'051.596.oo, mientras que Aquiles Trevisi y Cía. Ltda., asciende a $2.145'619.416.46.-

"De otra parte, el comité evaluador llegó a las siguientes conclusiones:

"Si bien es cierto que la propuesta presentada por Distribuidora Comercial del Cesar Ltda. "Discosar", ofrece un mayor volumen de ventas, no es menos cierto que la propuesta presentada por Aquiles Trevisi Ltda, ofrece un mayor porcentaje en lo que respecta a la campaña contra el contrabando, y además una participación porcentual bastante llamativa para el Departamento, en razón del artículo 63 de la ley 14 de 1983, porcentaje este que no fue ofrecido por Distribuidora Comercial del Cesar Ltda. "Discosar".-

"Además, el hecho que Distribuidora Comercial del Cesar Ltda "Discosar" haya presentado una garantía de seriedad por debajo del 10% mínimo exigido en el literal e. del numeral 3.6 del pliego de condiciones, y que por otro lado no haya ofrecido la participación porcentual, serían razones suficientes para eliminar esta propuesta, al tenor de lo estipulado en el numeral 5. literal 5.3.-

"En consecuencia recomendamos al Honorable Consejo de Gobierno, que analice detenidamente los aspectos aquí anotados, antes de tomar la determinación correspondiente".-

"El Consejo de Gobierno, luego de un detenido examen de las propuestas y oído el Comité Evaluador, consideró que la propuesta más ventajosa era la de Aquiles Trevisi y Cía Ltda.-

"De lo hasta aquí expresado, se colige que es a la administración a quien compete determinar cuál es la oferta más ventajosa y que precisamente no sólo debe tenerse en cuenta un solo factor o criterio para la adjudicación, sino que deben tenerse en cuenta otros factores como se hizo en el presente caso.-

"Tampoco importa para el caso en estudio que una de las personas licitadoras sea más solvente económicamente que la otra, lo que realmente importa es que sean solventes y capaces de dar cumplimiento al contrato y que el Departamento obtenga los beneficios buscados con la contratación.-

"Las razones expuestas anteriormente nos llevan a la conclusión, que no hubo violación del artículo 81 transcrito.-

"No prospera tampoco este cargo.

"Síguese de lo dicho que no prospera la excepción propuesta por Aquiles Trevisi y Cía Ltda; serán negadas las súplicas de la demanda y condenada en costas a la parte demandante.-

"Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"**RESUELVE :**

"PRIMERO.- Declarar que no prospera la excepción "falta de causa para pedir", propuesta por el apoderado de Aquiles Trevisi y Cía Ltda.-

"SEGUNDO.- Denegar las súplicas de la demanda.

"TERCERO. Condenar en costas a Distribuidora Comercial del Cesar "Discosar Ltda." Tásense". (Folios 290 307 Cdno #·1.).

-II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 310 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo se destaca:

"LA SENTENCIA:

"Contiene una relación de las pretensiones que se hicieron en la demanda o libelo inicial e igualmente de las modificaciones que, con la adición de la demanda, se le introdujeron a la misma. (Como primer comentario se destaca que el Tribunal tan sólo relaciona el asunto de la modificación introducida a las pretensiones. *Nada* en relación con *los hechos adicionados*, sobre lo cual me referiré posteriormente en este escrito de sustentación de la apelación).

"Asimismo, relaciona el Tribunal la argumentación que adujo la parte demandada (el Departamento) y el tercero (AQUILES TREVISI & CIA LTDA) en sus respectivas contestaciones, entrando luego a estudiar la

excepción propuesta, en las "consideraciones", la que ulteriormente habría de declararse no probada.

"En cambio, al escrito que contiene la adición y reforma de la demanda tan solo la Corporación le dedicó una escueta frase (página 8 de la sentencia) cuando dijo:

"Estos hechos fueron adicionados mas tarde, como puede verse a folios 97 a 105 del expediente".

"No hizo el fallador de primera instancia estudio alguno de estos "hechos" que constan en la adición.

"SENTENCIA INCOMPLETA.

"1. -Dice el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo (Contenido de la Sentencia) que:

"La sentencia ANALIZARA LOS HECHOS de la controversia, LAS PRUEBAS, en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, *en forma que no quede cuestión pendiente* entre las partes y por los mismo hechos".

"Ocurre que el Honorable Tribunal (página 11 de la sentencia) dice:

"Comoquiera (sic) que se está impugnando un acto administrativo por violación de unas normas superiores, *las consideraciones* del Tribunal *única y exclusivamente versarán sobre esos tópicos*.

"A continuación la Corporación transcribió las normas que se adujeron como violadas y las "consideraciones" con relación a tales disposiciones.

"2. No obstante ser claro el artículo 170 del C.C.A. en cuanto obliga al fallador a que debe hacer o plasmar los análisis ("consideraciones", le llama el art. 304 del C. de P.C.) sobre los *hechos y su prueba*, se tiene que el caso de autos no sucedió tal.

"En efecto:

"2.1. Nada dijo el Tribunal (ausencia de análisis) sobre el hecho planteado en la demanda (inicial) en el sentido de que la ahora demandante no tenía que indicar en su Propuesta "participación porcentual" para el Departamento. Tampoco *analizó la prueba*, sobre este aspecto.

"2.2. En la adición (página 10) de la demanda y en esos hechos adicionados se indicó con precisión, con detalle, con argumentación,

que la Póliza de la garantía de seriedad de la Propuesta de DISCOSAR LTDA. estuvo correctamente liquidada. (Por favor ruego la lectura de esas piezas procesales). Consiguientemente, el Tribunal no hizo "consideración" o "análisis" alguno sobre la prueba pertinente, no obstante que en la página 10 del escrito de adición inserté fotocopia de la parte pertinente de la Propuesta.

"2.3. Ningún "análisis" o "consideración" expresó la Corporación sobre los *hechos* expuestos en el escrito de adición de la demanda en el sentido (los resumo) de que AQUILES TREVISI & CIA LTDA. (Folio 64 de su Propuesta) tomó como base para liquidar un impuesto de $222.04, circunstancia ésta que reiteré en el *alegato de conclusión* cuando transcribí lo pertinente de dicha Propuesta y que ahora hago nuevamente:

"En su folio 64 y 70 ofrece (para los cuatro años) un "VOLUMEN EN LITROS" la cantidad (máximo) de 5'003.118 LITROS (ver "Hecho" 7.2. de la corrección o adición de la demanda) que equivale a 6'670.824 botellas de 750 c.c. (Dato número 1)

"Tipo de Licor	Presentación	Mínimo cajas por valor
"Aguardiente Crist.	24 x 375 c c	68.400x2.664.48=182.250.432.oo
".....		
".....		
"Aguardiente Crist.	12 x 750 c.c.	25.320x2.644.48=67.464.633.60.oo

"Honorables Magistrados:

"Si la Compañía toma (para el primer año) un impuesto de $2.664.48 para 12 botellas (cada una de 750 cc.) se tiene que para una (1) botella el impuesto es una división, así:

"2.664.48 entre 12 = $222.04 (Dato número 2)

"Y si se tiene en cuenta que el impuesto "vigente" para la época en que se adjudicó la Licitación (ver en el folio 109 del Cdno Ppal la Certificación suscrita por ARMANDO IBARRA AVILA) era de $222.oo, se establece que TREVISI le agrega cuatro centavos al impuesto, sin razón alguna.

"Multiplicando el Dato número 1 con el Dato número 2 se tiene:

"6'670.824 x 222.04 = 1.481'189.761,oo

"Se reitera pues, Honorables Magistrados, la prueba de lo afirmado por la demandante en los hechos 7o, 7.1. y 7.2. en la Adición de la Demanda".

"Así Honorables Consejeros, si el Tribunal no entró a analizar tales *hechos* , es obvio que tampoco *consideró* la prueba pertinente que lo respalda. En consecuencia, no arribó a la conclusión de si hubo o no errores aritméticos en la Propuesta ganadora. (TREVISI).

"2.4. Ninguna "*consideración*" o "análisis" hizo el Tribunal sobre los "Hechos" 5o, 6o. (6.1; 6.2; 6.3) contenidos en el *escrito de adición de la demanda* (folios 97, 98, 99 y 100 del expediente) que se relaciona con los registros de Cámara de Comercio y la ineficacia de pleno derecho e inoponibilidad frente a terceros de la compra de pliegos y el registro de contratistas (Proponentes) de la Compañía AQUILES TREVISI & CIA LTDA. y por supuesto, consecuencialmente, tampoco *consideró* las *pruebas* de esos hechos, tales como las escrituras públicas, los certificados de cámara de comercio, los recibos y documentos sobre compra de pliegos y registros de proponentes (insertos éstos últimos en la Propuesta de TREVISI).

"2.5. Ninguna *consideración* expresó el Tribunal sobre los "Hechos 8o, (8.2; 8.2.1.; 8.2.2.; 8.2.3.; 8.2.4.), 8.3.; 8.3.1.; 8.3.2.; 8.3.3., contenidos en el *escrito de adición* de la demanda y en los cuales se planteó cómo la garantía o Póliza de Garantía de Seriedad de la Propuesta (página 10 de dicho escrito) estuvo correcta y que, por consiguiente, no era ni es valedera la argumentación que sobre el punto expresó el Comité que evaluó las Propuestas en el sentido de que la garantía de seriedad de DISCOSAR LTDA. era incorrecta. Por el contrario, es correcta. Consta en este escrito de *adición* (su página 10, folio 105 del Cdno Ppal) de la demanda la inserción del Cuadro de la parte pertinente de la Propuesta. Y como el Tribunal no hizo ningún "análisis" sobre esos hechos, TAMPOCO LO HIZO SOBRE SU PRUEBA (artículo 170 del C.C.A.).

En resumen, Honorables Consejeros, sentencia incompleta, es sentencia ilegal e injusta.

"En resumen, Honorables Consejeros, cuando el demandante decide someter al conocimiento de la justicia un asunto, la sentencia que se dicte debe darle la certidumbre de que tuvo o no la razón y esto solo será factible cuando los "hechos" planteados (y su "prueba") le hayan sido analizados debidamente con las "consideraciones" pertinentes. Es, por consiguiente, inadmisible guardar total y absoluto silencio sobre esos "hechos" y esas "pruebas".

"OTROS ASPECTOS DE LA SENTENCIA.

"El sentenciador, como atrás se dijo, hizo en sus "consideraciones", un estudio de las normas violadas, destacándose que el tribunal se dedica al asunto del término de apertura y cierre de la Licitación (una argumentación) y a la cuestión de los cuatro avisos que debían publicarse previamente a la apertura (otra de las argumentaciones esbozadas o contenidas en la demanda). Entendió la Corporación que el libelo tan solo se soportaba o sustentaba sobre esas dos circunstancias.

"El Tribunal, pues, OMITIO EL ANALISIS DEL FONDO DE LAS DEMAS (los motivos de la NO adjudicación, que, precisamente, eran y son los ESENCIALES.

"Yerra el fallador porque el ENFOQUE general que contiene el pleito (siguiendo lo que en este tipo de juicios han determinado y aconsejado la doctrina y la jurisprudencia y la propia experiencia que en asuntos de esta naturaleza tiene el suscrito apoderado) es el siguiente:

"Se sabe que los actos administrativos se presumen válidos. Corresponde, entonces, a quien alega su nulidad, desvirtuar los motivos que dieron origen a esa decisión de la administración.

"Fue así como la demandante DISCOSAR LTDA., en orden a obtener la nulidad del acto, procedió como sigue:

"1. Un motivo que tuvo la administración para no adjudicarle el contrato de la Licitación es el que tiene que ver con la garantía de seriedad al aducirse que ella era insuficiente. En la demanda (su adición, folios 102, 103, 104 y 105, Hechos 8o, 8.1; 8.2.; 8.2.2.; 8.2.3.; 8.2.4; 8.3.; 8.3.1.; 8.3.2.; 8.3.3.) y con la prueba pertinente (la misma Propuesta de DISCOSAR LTDA., su folio 73, que es el mismo Cuadro que aparece en la página 10 del escrito de adición de la demanda) más la póliza pertinente (inserta en la propuesta) se desvirtuó dicho motivo.

"2. El otro motivo que tuvo la administración para no adjudicarle a la demandante es el de que no ofreció la denominada "participación porcentual". Sobre éste aspecto la actividad procesal de DISCOSAR LTDA. consta en el Hecho 3o, literales "B", "B.1" y "B.2." de la demanda y respaldada con la prueba pertinente que lo es el mismo Pliego de Condiciones y el denominado "Contrato Proyectado", que, según el literal "h" del artículo 78 del Código Fiscal Departamental, hace parte del Pliego mismo, para llegar a la conclusión de que la demandante (y en general ningún licitante) estaban en la obligación de ofrecer dicho porcentaje ni en la de adivinar que el Departamento lo quería y en qué tanto por ciento.

"Entonces, Honorables Consejeros, desvirtuando los dos motivos de la decisión administrativa con las piezas procesales anotadas y el correspondiente respaldo probatorio, *devenía necesariamente la nulidad del acto acusado*. Ello era y es suficiente.

"No obstante, se quiso abundar más (en la argumentación de nulidad del acto) y fue así como, adicionalmente, se plantearon dos circunstancias (repito que adicionales) y fueron:

"a) La relativa a que la Licitación no se abrió y cerró en el tiempo legal.

"b) La no publicación de cuatro avisos previos a su apertura.

"Ahora bien:

"No basta con demostrar que un acto administrativo es nulo sino que, como reiteradamente ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, es menester que el Licitante vencido demuestre, para que tenga lugar el restablecimiento del derecho (indemnización de perjuicios) que se persigue como consecuencia de la nulidad de la decisión administrativa, que su Propuesta era y es mejor que la del otro Licitante (el que obtuvo la adjudicación).

"¿Y qué se hizo en el proceso para demostrar que se tenía y tiene derecho a ese restablecimiento?.

"A. Se adujo (Hecho 3o, Literal "A" de la demanda) que la Propuesta de DISCOSAR LTDA. "……representaba altos volúmenes de ventas que, a su vez, le significaba al departamento del Cesar una mayor captación del impuesto de consumo..." y en el "Concepto de la Violación" (folio 106 del Cdno Ppal) del escrito de *adición* de la demanda que "……..la ahora demandante ofreció más de OCHOCIENTOS MILLONES ($800'000.000.oo) por encima de la Propuesta de AQUILES TREVISI & CIA LTDA.".

"En respaldo de ese planteamiento, el Comité evaluador de las propuestas dijo: "…….Es cierto que la *Propuesta* presentada por Distribuidora Comercial del Cesar Ltda., "Discosar", *ofrece un mayor volumen de ventas*..."(Es la prueba).

"¿Era éste uno de los factores para evaluar positivamente las propuestas y su escogencia?. Por supuesto que sí.

"En efecto, el numeral 7 (7.1.) del Pliego de Condiciones dice:

"7. *Evaluación de las Propuestas*

"7.1. Las propuestas se evaluarán bajo los siguientes criterios:

"a). Volumen de ventas.

"b). Solvencia económica

"c). .....".

"E. Igualmente el art. 81 del Código Fiscal del Departamento lo contempla como factor (precio).

"DISCOSAR LTDA. (para dar cumplimiento al numeral 3.6., Literal "e" del Pliego de Condiciones), y para efectos de liquidar la garantía de seriedad de la Propuesta, ofreció, como se dijo en la demanda (Hecho 3o, Literal "A") la suma de DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS ($2.588'951.211.oo), como impuestos máximos a percibir por el Departamento en cuatro (4) años. Este valor se verifica en el folio 73 de su Propuesta. Y sobre éste se liquidó, en efecto, dicha garantía, la cual consta en la Póliza de Seguros del Caribe número 49694 (folios 38 y 39 de su Propuesta) por el diez por ciento (10%), esto es, DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTIUN PESOS ($258'895.121.oo).

"Quiero resaltar lo siguiente: ES UNA PROPUESTA RESPALDADA POR UNA COMPAÑIA DE SEGUROS.- ¡ Recalco: Es una alta y halagadora Propuesta de más de Dos mil Quinientos millones de pesos respaldada por una compañía de seguros!.

"Por eso el Pliego de Condiciones le denomina Garantía de SERIEDAD de la Propuesta.

"La Propuesta de AQUILES TREVISI & CIA LTDA. también estaba o está garantizada, ¡pero por una cuantía menor! Que corresponde, obviamente, ¡a una Propuesta de menor valor!

"No era ni es, pues, Honorables Consejeros, caprichosa la significativa Propuesta que le hizo DISCOSAR LTDA. al Departamento del Cesar. No.

"Ella corresponde a quién, además, con sus "BALANCES" demostró tener una mayor capacidad económica, solvencia, a quién, conociendo el mercado del Departamento porque venía siendo el distribuidor y por una mejor disponibilidad de equipos o capacidad operativa, podía, seriamente, presentar esa oferta.

"AQUILES TREVISI & CIA LTDA. ni aún ofreciendo la denominada "participación porcentual" superaba la Propuesta de DISCOSAR LTDA., la que, como la anterior, también ofreció una significativa suma para erradicar el contrabando. !Y es que si venía siendo distribuidor en el Departamento, con mercado conocido, la suma ofrecida es la que le pareció bastante o necesaria!.

"B. Que DISCOSAR LTDA. presenta una mejor "solvencia económica". Así se adujo en el denominado "Concepto de la violación" (folio 106 del Cdno Ppal) contenido en la *adición de la demanda* al hacerse alusión al art. 81 de la Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985 (Código Fiscal del Departamento) ya que uno de los criterios de evaluación para adjudicación es el de la "solvencia económica" y las pruebas son los BALANCES.

"Este aspecto lo reiteré en *el alegato de conclusión* y ahora lo transcribo nuevamente:

"Igualmente DISCOSAR LTDA. (ver balances en las propuestas) presenta una mayor "solvencia económica".

"Es conveniente transcribir lo que expresa la ley 145 de 1960, Art. 9:

"La atestación y firma de un contador público hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas.

"Tratándose de *balances*, se presumirá además, que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las *cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance*".

"Balance de DISCOSAR LTDA. en julio de 1988: $313'788.808.oo (Trescientos trece millones setecientos ochenta y ocho mil ochocientos ocho pesos). Folio 75 de la Propuesta.

"Balance de AQUILES TREVISI & CIA LTDA. en julio de 1988: $72'268.731.70 (Setenta y dos millones doscientos sesenta y ocho mil setecientos treinta y un pesos con setenta centavos). Folios 124 y 125 de la Propuesta.

"Finalmente, y para no ser reiterativo, baste con recordar el "Concepto de la Violación" (demanda inicial y su adición) en el que se adujo la trasgresión del artículo 81 (criterios para adjudicación) del Código Fiscal del Departamento".

"Sorprende que el Tribunal (página 17 del fallo) diga que "tampoco importa para el caso en estudio que una de las personas Licitadoras (sic) sea más solvente económicamente que la otra.....".

"Sorprende porque la favorabilidad de una Propuesta depende de todos los factores y quien presenta una mayor capacidad económica, ha de colegirse que cumple mejor que otro con uno de los factores y que eso explica que ofrezca un mayor volumen de impuestos.

"La experiencia o la capacidad, miradas las necesidades del servicio, en la medida en que los aspirantes tengan mejores calidades que otros deben ser preferidos.

"Así, entre dos Licitantes para un contrato de obras, uno calificado y clasificado en quinta categoría y el otro en tercera, deberá ser preferido éste último, aunque se conjeture que el primero pueda ejecutar el contrato. Así, entre esos dos licitantes para el contrato de obra, el uno con un "k" (capacidad de contratación) de cien millones y el otro con un "k" de cincuenta millones, deberá preferirse el primero.

"Se quiere significar, con los ejemplos, que las leyes son leyes y los reglamentos son reglamentos. Deben observarse. No es posible un margen de discrecionalidad ampliamente subjetiva. Hay unos parámetros y en éste sentido la competencia es reglada.

"Precisamente, y volviendo a lo que se ha venido expresando, el numeral 3.6., Literal "k" del Pliego de Condiciones dice:

"3.6.- Cada Propuesta deberá contener los documentos siguientes:

".....

".....

" "k.- Balance y sus anexos certificados por un Contador Público juramentado o un Revisor Fiscal".

"¿Qué otro sentido tiene pedir balances si no es para conocer quién es el de mayor capacidad o solvencia económica?

"¿Qué otro sentido tiene pedir el "Programa de ventas" (numeral 3.6. Literal "g" del Pliego), "volumen de ventas" si no es para determinar cuál licitante ofrecerá más impuestos de consumo en cuatro (4) años al Departamento?

"C. Y si se quisiera abundar más, el numeral 7 (7.1.), Literales "f" (Organización y Equipos) y "g" (Capacidad operativa), del Pliego de

Condiciones, como factores o criterios de "EVALUACION DE LAS PROPUESTAS", debe indicarse que DISCOSAR LTDA, (ver su Propuesta) ofrece una mayor *capacidad operativa* (disponibilidad de un mayor número de vehículos distinguidos con sus Placas y destinados a la ulterior ejecución del contrato) y como, adicionalmente, había sido previamente contratista (ver certificación a folios 264 a 266 del Cdno Ppal) y cumplido con tales convenios, repuntaba en el cumplimiento de los demás factores.

"En cambio, AQUILES TREVISI & CIA LTDA. ni siquiera, *aún después de la adjudicación*, tenía una oficina o establecimiento funcionando en Valledupar. En efecto, como AQUILES TREVISI & CIA LTDA. relacionó en su Propuesta la dirección de la Carrera 9 No. 16-38 Oficina 201 en Valledupar, fue ésta la que, a su vez, se relacionó en la demanda para efectos de la notificación del auto admisorio de la misma y el Honorable Consejo de Estado puede verificar que según la constancia del Secretario del Tribunal Administrativo (Folio 78 de Cdno Ppal) dicha firma comercial no funcionaba en esa dirección sino otra compañía mercantil diferente, sin relación alguna con este asunto.

"La notificación personal sólo fue posible cuando el Gerente de AQUILES TREVISI & CIA LTDA. se presentó al Tribunal, tal vez enterado por la difusión radial que se le dió a esta demanda a manera de noticia.

"D.- Y finalmente, la actividad procesal de la parte demandante, DISCOSAR LTDA., no solo se limitó como se ha visto, a demostrar la mejor favorabilidad de su Propuesta, sino que, adicionalmente (siempre tratando de abundar en razones), demostró que la propuesta de AQUILES TREVISI & CIA LTDA., en su valor real, solo es de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($1.480.922.928.oo), corregida con ERROR ARITMETICO.

"Y también con OTRO ERROR ARITMETICO solo alcanza a MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN PESOS ($1.481'189.761.oo), tal como se planteó en los Hechos 7o; 7.1. y 7.2. en el escrito de ADICION DE LA DEMANDA (folios 100, 101 y 102 del Cuaderno Principal), lo cual, como se indicó al final de la relación de esos "Hechos" y de conformidad con el Numeral "5" ("5.2.") del Pliego de Condiciones debía conducir a la *eliminación* de dicha Propuesta, ¿Las pruebas?. El Folio 64 y 70 de la Propuesta y la Certificación suscrita por ARMANDO IBARRA AVILA (folio 109 del Cdno Ppal). En el Numeral "2.3." de este memorial (Sustentación de este Recurso) se detalla este aspecto, que, a su vez, consta en la Adición de la Demanda.

"Como se ha visto, Honorables Consejeros, este pleito, en lo que concierne a la parte demandante, se ha planteado de acuerdo con las exigencias sustantivas y procedimentales e igualmente conforme lo aconseja la actual doctrina y jurisprudencia. Pienso sinceramente que nada le hace falta.".

-III-

ALEGATOS PRESENTADOS POR LOS MANDATARIOS JUDICIALES DE LAS PARTES.

DEL DEMANDADO: A folios 334 y siguientes del Cuaderno Nro. 1 obra el escrito en que la apoderada del centro de imputación jurídica demandado alega de fondo, lo cual hace dentro del siguiente universo:

".....el Recurrente centra sus pretensiones en dos aspectos:

La eventual ocurrencia de vicios en el trámite de la Licitación Pública No. DC-05-88 y el supuesto hecho de ser el acto de adjudicación de la misma, contrario a derecho.

"VEAMOS:

"1. Eventual ocurrencia de vicios en el trámite de la Licitación.

"A pesar de que en su escrito de apelación, el apoderado de la actora ni controvierte ni refuta las consideraciones de la sentencia recurrida sobre este particular, tanto en la demanda como en su adición, pidió la nulidad de la Resolución de Adjudicación No. 003033, de 7 de octubre de 1988, por haberse violado los ordinales 3 y 4 del artículo 78 del Código Fiscal del Departamento del Cesar, tal como quedó reformado por el Decreto 000002 de 1988, y el ordinal 2 del artículo 89 del mismo Código Fiscal. Conforme a estas disposiciones, cuando la cuantía de la licitación exceda de doce mil salarios mínimos legales, deben publicarse cuando menos cuatro avisos, con un intervalo no inferior a cinco días calendario, en uno o más periódicos de amplia circulación nacional, y cuando fuere inferior, únicamente dos avisos con el mismo intervalo. Además, el plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir *entre su apertura y cierre*, no puede ser menor de diez días calendario.

"En cuanto se refiere a los avisos, en el expediente obra plena prueba de que tanto en las ediciones del diario "El Tiempo", correspondientes a los días sábado 3 y jueves 8 de septiembre de 1988, como en las del periódico "El Espectador" de las mismas fechas, se efectuaron las publicaciones de ley.

"Por lo demás, la publicación de los cuatro avisos se efectuó en exceso del número exigido por las normas fiscales, por cuanto, según se señaló en el alegato de conclusión del Departamento, por tratarse de una licitación pública nacional de cuantía indeterminada e indeterminable al momento de ordenar las publicaciones, la Administración sólo estaba obligada a publicar dos avisos.

"En efecto, la cuantía del certamen únicamente puede precisarse al conocer las propuestas, ya que depende de los términos económicos ofrecidos por los distintos licitantes, de acuerdo con el volumen estimado de las ventas, con la participación porcentual sobre el precio de los productos al Departamento y con el monto del aporte para financiar campañas de erradicación del contrabando.

"En este sentido no le asiste razón a la sociedad demandante, cuando sostiene que la cuantía de la licitación depende del monto del impuesto de consumo de licores. No. El gravamen al consumo es fijado por ley y no puede ser objeto de negociación entre la entidad pública licitante y los proponentes.

"En relación con el término entre la apertura y el cierre de la licitación, tanto el texto de los avisos, como el artículo 2 de la Resolución de Apertura número 002488 de 22 de agosto de 1988, establecen diez días, del 14 al 23 de septiembre de 1988, en cumplimiento estricto del ordinal 4 del artículo 78 del Código Fiscal del Departamento, según el cual por plazo ha de entenderse el término que debe transcurrir *entre su apertura y su cierre.*

"Además de los argumentos que acaban de enunciarse, suficientemente claros para desvirtuar las pretendidas violaciones del Código Fiscal, no corresponde impugnar el procedimiento a quien se valió del mismo para participar en la licitación.

"Así se explicó en el alegato de conclusión del Departamento, en los siguientes términos:

"En efecto, tanto la publicación de avisos en un periódico de amplia circulación nacional, como la fijación del término que debe transcurrir entre la apertura de la licitación y su cierre, tienen como fin el notificar públicamente el objeto de la licitación para que cualquier persona natural o jurídica pueda participar en ella. Si alguien se siente lesionado por presuntas irregularidades en la publicación de los avisos y/o en la apertura y cierre de la licitación, que le impidieron su concurrencia, es claro que le asiste el derecho para ejercer las acciones pertinentes. Pero lo mismo no se puede predicar de quien participó plenamente en el proceso de la licitación.

"En otras palabras, si la publicación y el término de la licitación otorgan un derecho al particular y éste lo ha ejercido oportunamente, mal puede oponer a la Administración tales actos, cuando éstos han surtido, respecto del mismo, el efecto perseguido, que es precisamente el permitir que los particulares puedan participar en la licitación.

"Ahora bien, según certificación expedida por el jefe del Departamento Administrativo de Planeación Departamental, que obra en el proceso, dos firmas participaron en la Licitación DC-05-88: DISCOSAR LTDA Y AQUILES TREVISI & CIA LTDA. Mal podía una de ellas alegar supuestas violaciones de la ley que en nada perjudicaron su derecho a competir en iguales condiciones con otra u otras firmas".

"En resumen: La nulidad por fallas de procedimiento, sólo puede ser alegada por la persona afectada con ellas.

"Así lo consideró el Tribunal cuando en la Sentencia recurrida sostiene los siguientes puntos de vista, que el texto del recurso no controvierte sino que, por el contrario, acepta, al estimar que estas impugnaciones sobre el procedimiento de la licitación son completamente secundarias:

"……

Ahora bien, si la sociedad actora participó en el proceso licitatorio, sin oponerse en ningún momento, fué porque convino en ello, ratificando de esa manera la actuación de la administración.

"Bien hubiera podido demandar la nulidad y la suspensión provisional de la resolución que declaró la apertura de la licitación y no lo hizo. "De otra parte, cabe anotar, que a DISCOSAR no se le impidió licitar porque participó en el debate licitatorio.

"Tal vez, otras personas que se hubieren podido sentir afectadas por no concurrir a la licitación, hubiesen podido demandar por habérseles privado de ese derecho.

"Pero este no es el caso de la sociedad demandante que intervino hasta el último momento en el proceso licitatorio.

"....

"....pero repetimos, esa irregularidad no puede ser alegada como causal de nulidad por quien a ciencia y paciencia, participó a sabiendas, en la licitación y esgrimirla sólo cuando resultó vencido en el proceso licitatorio.

"...."

"2. Supuestos vicios de la providencia de Adjudicación.

"Según el recurrente, la Resolución de Adjudicación número 003033 de 7 de octubre de 1988, contrataría el artículo 81 del Código Fiscal del Departamento, a cuyo tenor la adjudicación debe hacerse previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones.

"Para sustentar este criterio, el apoderado de la demandante parte de lo siguiente:

"-Que la Administración obró irregularmente al no considerar (sic) la propuesta de Discosar Ltda, cuando adujo que la garantía de seriedad no cubría el 10% del valor máximo de los impuestos que le correspondería percibir al Departamento y que no había ofrecido participación porcentual alguna sobre el precio de venta de los licores.

"-Que la propuesta de Discosar Ltda era la más favorable, tanto por el volumen estimado de las ventas, que determina un mayor recaudo por concepto del impuesto de consumo, como por la solvencia económica y la capacidad operativa de la firma licitante.

"-Que, por el contrario, la propuesta de Aquiles Trevisi y Cía Ltda, favorecida con la adjudicación, debió ser eliminada por adolecer de un error aritmético que conduce a la disminución del valor del impuesto y por carecer dicha sociedad de domicilio principal en la ciudad de Valledupar.

"No le asiste razón a la parte actora, como pasa a demostrarse:

"-Garantía de Seriedad de la Propuesta presentada por DISCOSAR.

"Para la demandante, el monto de la suma asegurada con la Póliza No. 49694 de 20 de septiembre de 1988, de Seguros Caribe S.A., por $258.895.121.oo equivale exactamente al 10% del valor máximo del impuesto estimado en la propuesta en la suma de $2.588.951.211.oo.

"Sin embargo al analizar la oferta de Discosar, la Comisión Evaluadora detectó un error en el cálculo del número de cajas del programa de ventas. Consta en el Acta No. 01 de 29 de septiembre de 1988, que la garantía de seriedad de la propuesta presentada por esta firma se calculó sobre los datos contenidos en su programa de ventas, pero que, después de verificar cada una de las cantidades ofrecidas en dicho programa, se encontraron inexactitudes derivadas del procedimiento de conversión

de botellas y de cajas de distintas capacidades, a la medida patrón de 750 mililitros, base para la determinación del impuesto de consumo.

"Al corregir estas inexactitudes, se obtuvo un número mayor de cajas ofrecidas, 902.655 frente a 902.628, circunstancia que determina automáticamente un mayor valor del impuesto, para un total de $2.589.052.578 y, en consecuencia, una póliza de $258.905.257,80, en contraste con el (sic) valor amparado por Discosar en cuantía de $258.895.121.

"Tanto el procedimiento como las conclusiones de la Comisión Evaluadora corresponden al ámbito de su competencia y se ajustan a las reglas del Pliego de Condiciones y a las normas departamentales sobre la materia. Aunque el actor no controvierte las facultades de dicha Comisión, procede precisarlo por su estrecha relación con la carga de la prueba, pues en estas condiciones corresponde exclusivamente al actor aportar las pruebas idóneas para demostrar cualquier equivocación que pretenda argüir contra los resultados del análisis de la Comisión.

"Conforme al pliego de Condiciones de la Licitación, los proponentes debían presentar un programa de ventas con el detalle de las cantidades máximas y mínimas mensuales, *expresadas en cajas de licor, procesando capacidad volumétrica* para cada caso. Igualmente el monto de la garantía de seriedad no podía ser inferior al 10% del valor máximo del impuesto de consumo, correspondiente al volumen total del licor para el total de cajas determinado en el programa de ventas.

"Por consiguiente, un error en los cálculos conduciría directamente a un error en el impuesto, y por ende en la cuantía de la póliza. Esto fue precisamente lo que sucedió con la propuesta de Discosar, pues la cobertura de su Póliza de garantía resultó inferior a lo exigido en el Pliego, tal como aparece en el estudio de la Comisión Evaluadora.

"Tanto en la demanda, en su adición, como en el memorial del recurso, la demandante trata de establecer que su cálculo es correcto, mientras que el de la Comisión es equivocado porque, aún cuando corresponde a los parámetros del Pliego, en su criterio, éstos no se ajustan al artículo 66 de la ley 14 de 1983.

"Desafortunadamente el Pliego es la ley de la licitación y no fue impugnado ni controvertido por Discosar, que, por el contrario, lo aceptó tácitamente cuando presentó su propuesta. En consecuencia, este argumento no tiene cabida. De otra parte, es sabido que todo hecho afirmado en la demanda debe tener respaldo probatorio para que las peticiones de aquella puedan prosperar.

"Para tratar de demostrar su aserto, Discosar se apoya en su misma propuesta como instrumento probatorio idóneo de los valores y cantidades allí contenidos, sin ni siquiera efectuar comparación alguna entre sus cálculos y los de la Comisión Evaluadora.

"Tratándose de un procedimiento complejo y dispendioso, que comporta la conversión de diferentes capacidades y volúmenes a un patrón único de medida, la prueba eficaz hubiera sido la pericial, al tenor del artículo 233 del Código del Procedimiento Civil. Así lo entendió el apoderado de la demandante, cuando solicitó el dictamen de que trata la letra E del Capítulo de Pruebas de la demanda, folio 13 del Cuaderno Principal. Inexplicablemente, con posterioridad desistió de la práctica de esta prueba fundamental, para trasladarle este trabajo especializado al Juez del conocimiento.

"De acuerdo con lo anterior, el recurrente no probó que su póliza de seriedad sí se ajustaba al Pliego de Condiciones, mientras que el resultado del examen practicado por la Comisión era errado, cuando la carga de la prueba era de su exclusivo resorte.

"-Participación porcentual en favor del Departamento.

"Según Discosar, en su propuesta no tenía la obligación de indicar el porcentaje de participación que ofrecía dar al Departamento sobre el precio de venta al público de los licores, porque ningún licitante estaba "*...en la obligación de ofrecer dicho porcentaje ni en la de adivinar que el Departamento lo quería y en qué tanto por ciento.* " (Se subraya).

"La comisión Evaluadora, por su parte, es radical al afirmar que la propuesta presentada por Discosar "No cumple con el numeral 8.3. del Pliego de Condiciones, puesto que no ofrece el porcentaje solicitado en tal punto."

"Esta exigencia del Pliego es del siguiente tenor:

"8.3- Participación porcentual del Departamento del Cesar en el precio de venta del producto (De acuerdo al artículo 63 de la ley 14 de 1983).

"El Departamento del Cesar recibirá de parte del Contratista Distribuidor un porcentaje del ____% (sic) proveniente del precio del producto,....."

"Por su parte el artículo 63 de la Ley 14 de 1983, en lo pertinente, ordena:

".....

"Para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebr en los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras *en los cuales se establezca la participación* porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios establecidos en esta Ley" (Se subraya).

"Como puede apreciarse, el Pliego, por disposición perentoria de la ley, incluyó este requisito y dejó el espacio para que cada proponente lo diligenciara con el porcentaje que estaba dispuesto a ofrecer al Departamento, por ser éste uno de los factores determinantes en la selección de la propuesta más favorable.

"Discosar no cumplió con llenar este espacio ni en su oferta ni en la Minuta del Contrato, de manera que no se ajustó al Pliego ni a la ley y que respecto del valor de su propuesta este factor es cero (0).

"Por lo demás, resulta gracioso que para tratar de probar que Discosar no tenía obligación de consignar el porcentaje que debía ofrecer al Departamento, su apoderado se apoye en la circunstancia de haber anexado tanto el Pliego como la Minuta del Contrato, en los cuales constan los espacios en blanco.

"En otras palabras, la prueba de que Discosar no tenía que llenar el espacio en blanco, es que el mismo espacio estaba en blanco.

"-Propuesta más favorable.

"Aduce también Discosar que su propuesta era más favorable para los intereses del Departamento, que la presentada por Aquiles Trevisi y Cía Ltda. Para ello se basa en los siguientes aspectos:

"* Mayores volúmenes de ventas y por ende mayor captación del impuesto de consumo, lo que se traduce en una diferencia de $800.000.000 por encima de la propuesta de su competidor.

"* Mayor capacidad y solvencia económica y mejor conocimiento del mercado.

"* Capacidad operativa superior por contar con una mejor disponibilidad de equipos.

"Cabe destacar que evidentemente el cálculo del monto total del impuesto de consumo que ofrece recaudar Discosar, resulta superior al estimado por el otro proponente, ya que corresponde a un mayor volumen de

ventas. Así lo reconoció la propia Comisión Evaluadora en términos que la actora reproduce únicamente en la parte que, de manera aislada, parecía favorecerle. Resulta sin embargo que el texto completo es del siguiente tenor:

"....

"Si bien es cierto que la propuesta presentada por DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR LTDA.-DISCOSAR-, ofrece un mayor volumen de ventas, no es menos cierto que la propuesta presentada por AQUILES TREVISI LTDA., ofrece un mayor porcentaje en lo que respecta a la campaña contra el contrabando, y además una participación porcentual bastante llamativa para el Departamento, en razón del artículo 63 de la Ley 14 de 1983, porcentaje éste que no fue ofrecido por DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR LTDA.- DISCOSAR-. "(Acta 01 de 29 de septiembre de 1989).

"Esta conclusión se muestra en cifras con el siguiente cuadro que totaliza el valor de cada propuesta, *con base en los volúmenes mínimos de venta:*

"CONCEPTOS	DISCOSAR	AQUILES. T.
"Impuesto de Consumo	1.726.011.150	1.379.272.680
"Participación Porcentual	000	335.383.682
Aporte contra Contrabando	69.040.446	123.053.040
"TOTAL PROPUESTA...	1.795.051.596	1.837.709.402

"Como puede observarse, respecto del valor total de las propuestas, existe una diferencia de $42.657.806 en favor de Aquiles Trevisi y no de $800.000.000 en favor de Discosar, como ésta afirma.

"Lo anterior sin tomar en cuenta la proyección del impuesto que, con fundamento en los artículos 66 de la Ley 14 de 1983, y 11, Parágrafo, de la Ordenanza 009 de 1987, efectuó la firma Aquiles Trevisi, ya que con base en las cifras proyectadas la diferencia entre los dos totales de las propuestas sería de $350.596.271, en favor de esta última.

"Por lo tanto, es evidente que desde el punto de vista del valor, la propuesta de Discosar no es la más favorable, porque el volumen de las ventas, y el impuesto consiguiente, son apenas un componente del valor total de la propuesta.

"En lo atinente a la solvencia económica y a la capacidad operativa de Discosar, no se ha puesto en tela de juicio que esta empresa acreditó niveles satisfactorios, pero como acertadamente lo precisa el Tribunal Contencioso, para efectos de la adjudicación deben evaluarse los distintos factores previstos en la ley y en Pliego, con "un criterio básico, rector, que es el de *la propuesta más favorable a la Administración*. Esa favorabilidad depende, en cada caso, de las necesidades del servicio.....La apreciación de cuál oferta es más ventajosa compete a la Administración,....".Agrega el *a-quo* "Tampoco importa para el caso en estudio que una de las personas licitadoras sea más solvente económicamente que la otra, lo que realmente importa es que sean solventes y capaces de dar cumplimiento al Contrato y que el Departamento obtenga los beneficios buscados con la contratación." (Se subraya).

"-Supuestos de Discosar que tenderían a desfavorecer la propuesta de Aquiles Trevisi.

"Al tiempo que la demandante procura establecer sin éxito que su propuesta era la más favorable, pretende también que la de Aquiles Trevisi debió ser eliminada, por haber incurrido en un error aritmético al calcular el impuesto de consumo y por no tener el proponente domicilio principal en Valledupar para la fecha de compra de los pliegos y para su inscripción en el Registro de Proponentes.

"Según Discosar el error se configuraría por haber determinado un impuesto de $222.04 para cada botella de 750 c.c., cuando, en realidad, en parte alguna de la Propuesta de Trevisi aparece esta cifra.

"Por el contrario, es el apoderado del recurrente quien pretende derivar esta valor, tomando como base una operación aritmética individual: Dividir el impuesto correspondiente a una caja de doce botellas de 750 c.c., cada una, por esas doce unidades.

"Sin embargo, como no todas las botellas tienen la misma capacidad, ni todas las cajas el mismo número de botellas, resulta inexacto asignar el mismo impuesto para todos los casos, sin tener en consideración que la conversión de botellas de más capacidad a botellas de 750 c.c., no arroja cifras exactas y precisas.

"VEAMOS:

"Para el caso del impuesto correspondiente a cajas que contienen seis botellas de 1750 c.c., era necesario convertirlas a unidades de 750 c.c., así:

"1750 c.c. / 750 c.c., =2.333333333

"2.333333333 x 6 botellas = 13.999999999

"Como quiera que los dos resultados constituyen cifras infinitas, para establecer el impuesto por cada 750 c.c., es indispensable limitar el infinito matemático, aproximando al número más cercano:

"2.333333333 ~ 2.34

"2.34 x 6 botellas = 14.04 unidades de 750 c.c por caja

"Impuesto por caja = $ 3.108.48

"3.108.48 / 14.04 =221.2675213 = impuesto por unidad de 750 c.c.

"Por consiguiente no es cierto, como lo afirma Discosar que Aquiles Trevisi y Cía Ltda hubiera establecido un impuesto de $222.04 para cada unidad de 750 c.c.

"*Ocurre que el impuesto varía de acuerdo con la capacidad de las botellas y de las cajas*. Por ello, para establecerlo, era necesario tomar integralmente la propuesta. Así las cosas, toda la argumentación contenida en la página tercera del recurso, folio 312 del cuaderno principal, pierde validez y certeza.

"Quizá hubiera sido mejor acudir al examen de peritos, prueba a la que la demandante renunció inexplicablemente.

"En lo relativo al domicilio de la Sociedad Aquiles, el Departamento demostró plenamente la ligereza de las aseveraciones de Discosar. En efecto, su competidor sí tenía el asiento principal de sus negocios en la ciudad de Valledupar para la fecha exigida por la ley. En consecuencia, me remito a lo expuesto en el alegato de conclusión del Departamento y en las pruebas allegadas oportuna y regularmente al proceso.

"De acuerdo con todo lo expuesto a lo largo del Capitulo 2 del presente escrito, es válido concluir que la Providencia de Adjudicación no contravino tampoco el artículo 81 del Código Fiscal del Departamento, como lo pretende la actora, sino que, por el contrario, se ajustó a los requerimientos de la ley y del pliego de condiciones.

"En la misma forma concluye la -sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar:

"...De lo hasta aquí expresado, se colige que es la administración a quien compete determinar cuál es la oferta más ventajosa y que precisamente no sólo debe tenerse en cuenta un solo factor o criterio

para la adjudicación, sino que deben tenerse en cuenta otros factores como se hizo en el presente caso.

.....

"Las razones expuestas anteriormente nos llevan a la conclusión, que no hubo violación del artículo 81 transcrito."

"3. CONCLUSION.

"Los argumentos expresados en este alegato llevan a concluir que no es procedente la petición de nulidad del acto de adjudicación contenido en la Providencia número 003033 de 7 de octubre de 1988 y, por consiguiente, que no hay lugar a reconocimiento de ninguno de los perjuicios que reclama la sociedad demandante.

"Vale la pena agregar que sus aspiraciones en esta materia se excluyen entre sí y no son acumulables. En efecto, si la licitación, hubiese sido irregular y por lo tanto fuere del caso haberla declarado desierta, al tenor del numeral 2 del artículo 89 del Código Fiscal, que Discosar considera también infringido, mal puede solicitar el reconocimiento de las utilidades que hubiere obtenido con la adjudicación del contrato. Si, por el contrario, su pretensión es la de que su propuesta debió ser favorecida con la adjudicación, mal puede exigir el reconocimiento de los gastos en que incurrió para participar en el certamen. Sobre este particular, la Jurisprudencia del Consejo de Estado es abundamente y uniforme.".

DEL DEMANDANTE: Aparece a folios 352 y siguientes del cuaderno Nro. 1, y en él se hace la presentación de las circunstancias legales, generales y particulares del caso, dentro del siguiente marco:

"-I- ANTECEDENTES

"a) Por Resolución No. 002488 de 22 de agosto de 1988 de la Gobernación del Departamento del Cesar, se abrió la Licitación No. DC-05-88 para la contratación de la introducción, distribución y comercialización de los productos de la Industria Licorera del Departamento de Caldas señalando, al efecto, para su apertura el 14 de septiembre de 1988 a las 8:00 A.M. y para su cierre el día 23 de septiembre de 1988 a las 4:00 P.M

"b) A la licitación concurrieron los licitantes: DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR "DISCOSAR LTDA." y la sociedad "AQUILES TREVISI Y CIA LTDA."

"c) La firma DISCOSAR LTDA. presentó una propuesta por $2.588'951.211.oo como valor de los impuestos de consumo de que trata la ley 14 de 1983 que serían percibidos por el Departamento del Cesar durante los cuatro (4) años de duración del contrato y sobre tal valor, liquidó y prestó garantía de seriedad por el 10%, es decir, garantía por $258.895.121.oo.

"d) La sociedad AQUILES TREVISI Y CIA LTDA., presentó su propuesta conforme a la cual el Departamento obtenía durante los 4 años de contrato, por impuestos de consumo, la suma de $1.750'291.155.36.

"e) Evaluadas las propuestas por una Comisión creada al efecto, según acta 01 de septiembre 29 de 1988, se llevó tal evaluación al Consejo de Gobierno según acta No. 0024 de septiembre 30 de 1988.

"f) Con base en dicho informe se puso fin al proceso licitatorio con Resolución No. 003033 de 7 de octubre de 1988, expedida por la Gobernación del Departamento del Cesar, por la cual se adjudicó el contrato respectivo para la introducción, distribución y comercialización de los productos, de la Industria Licorera de Caldas en el Departamento del Cesar, a la sociedad AQUILES TREVISI & CIA LTDA.

"g) La adjudicación a que se refiere el hecho anterior, según los documentos oficiales respectivos, tiene estos fundamentos: que aunque DISCOSAR LTDA., ofrece mayores ventas y, por lo mismo, mayores impuestos de consumo, la propuesta contiene dos fallas: 1) Que incurre en error aritmético al liquidar la garantía de seriedad sobre 902.628 cajas cuando debió liquidarse sobre 902.655 cajas; y 2) Que DISCOSAR LTDA., en su propuesta no ofrece el porcentaje de participación a que se refiere el artículo 63 de la ley 14 de 1983.

"h) Como las razones anteriores no son ciertas, la mejor propuesta es la de DISCOSAR LTDA y la de AQUILES TREVISI Y CIA LTDA era inferior y, además, tal firma no podía intervenir en la licitación, se formuló demanda en ejercicio de restablecimiento del derecho a efecto de obtener la nulidad del acto administrativo de adjudicación y la consiguiente indemnización de perjuicios a título de restablecimiento del derecho.

"i) Tramitada la primera instancia se le puso fin a la misma con la sentencia de 23 de mayo de 1989, objeto del presente recurso de apelación.

"-II - LA SENTENCIA APELADA.

"1) En una decisión que deshonra a la administración de justicia, en la cual se ignora la adición de la demanda, oportunamente presentada y admitida, y, por lo mismo, ni se mencionan las transgresiones legales afirmadas en dicho escrito, se denegaron todas las súplicas de la demanda.

"En puridad de verdad, el sentenciador, en forma por demás sospechosa, se deja llevar de la mano por el apoderado de la firma AQUILES TREVISI Y CIA LTDA., cuyos argumentos hace suyos y por tal camino llega, a pesar de una permanencia en la Magistratura superior a los quince años, a confundir los motivos de nulidad de los actos jurídicos administrativos con las causales de nulidad -absolutas y relativas- de los contratos administrativos.

"De ahí que la sentencia apelada acepte la violación de las normas sobre el término que debe correr entre apertura y cierre de la licitación y las que imponían la publicación de 4 avisos de la licitación antes de su apertura, pero ARGUMENTA -QUIEN LO CREYERA- que ellas constituyen irregularidades no esenciales o causales de NULIDAD RELATIVA que fueron subsanadas al no alegarse antes de la adjudicación.

"2) De ahí HH. Consejeros, que desde ahora convenga dejar en claro que conforme al artículo 84 del C.C.A., son NULOS los actos administrativos "NO SOLO CUANDO DICHOS ACTOS INFRINJAN NORMAS A LAS QUE DEBIAN ESTAR SUJETOS, SINO TAMBIEN CUANDO HAYAN SIDO EXPEDIDOS POR FUNCIONARIOS U ORGANISMOS INCOMPETENTES, O EN LA FORMA IRREGULAR, O FALSAMENTE MOTIVADOS, O CON DESVIACION DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DEL FUNCIONARIO O CORPORACION QUE LOS PROFIERA".

"Y agrega el artículo:

"ESTOS MOTIVOS PODRAN INVOCARSE EN TODAS LAS ACCIONES EN QUE SE IMPUGNE UN ACTO ADMINISTRATIVO, CUAL QUIERA QUE SEA SU FINALIDAD".

"Esta norma es desarrollo de los artículos 16 y 20 de la Constitución Política sobre las funciones de las autoridades de la República y el principio de legalidad de toda su actuación.

"Y por tal naturaleza, son de orden público jurídico y no pueden ser modificados ni por el Gobierno ni por las Ordenanzas Departamentales ni por los Acuerdos Municipales.

"Basta, entonces, acreditar que el acto administrativo impugnado VIOLA UNA NORMA A LA CUAL DEBIA SUJETARSE, para que se IMPONGA LA DECLARACION DE NULIDAD DE TAL ACTO, sin que el juez pueda investigar, si la norma es instrumental o sustancial, importante o intrascendente.

"3) Por desconocer lo anterior el sentenciador, LLEVADO DE LA MANO POR LA SOCIEDAD DEMANDADA, confundió los motivos de nulidad de los actos administrativos - la simple violación de una norma superior- con las causales de nulidad de los contratos administrativos que sí admiten clasificación entre nulidad absoluta y nulidad relativa.

"- III - NULIDAD DE LA RESOLUCION No. 003033 de 7 de octubre de 1988.

"A. ES NULA POR VIOLACION DEL ART. 1o. del Decreto 000002 de 15 de Enero de 1988 de la Gobernación del Departamento-que obra en el proceso- por la cual se modifica y adiciona el Código Fiscal del Departamento del Cesar (Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985, que obra en el expediente) que modificó su art. 78 cuyo numeral 4o, dice:

"El plazo de la licitación entendido como el término que debe transcurrir entre su apertura y su cierre, se señalara de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato, Y NO PODRA SER INFERIOR A DIEZ (10) DIAS CALENDARIO".

"Por tanto, si la licitación se abrió el 14 de septiembre de 1988 a las 8:00 A.M., los diez días calendario vencían el 24 de septiembre de 1988 a alas 8:00 A.M., o con la más benigna de las interpretaciones, a las 5:45 P.M. del veintitrés (23) de septiembre de 1988 en que vence la jornada laboral en la Gobernación, según certificado que obra en el proceso, Y NO "EL 23 de SEPTIEMBRE DE 1988 A LAS 4:00 P.M." como lo dispuso la Resolución 002488 de agosto 22 de 1988 que ordenó abrir la licitación.

"Dice el tribunal:

"Otro tanto, tenemos que decir en relación con el numeral 4 del artículo 78 citado, en cuanto señala que el plazo de la licitación no podía ser inferior a diez (10) días calendario y DEL TEXTO DE LA APERTURA DE LA LICITACION, SE INFIERE QUE FUE INFERIOR A DIEZ DIAS".

"ESO ES UNA VERDAD INCONTRASTABLE, PERO REPETIMOS, ESA IRREGULARIDAD NO PUEDE SER ALEGADA COMO CAUSAL DE NULIDAD, POR QUIEN A CIENCIA Y PACIENCIA, PARTICIPO,

A SABIENDAS, EN LA LICITACION Y ESGRIMIRLA SOLO CUANDO RESULTA VENCIDO FINALMENTE EN EL REFERIDO PROCESO LICITATORIO".

"Ostensible violación de la ley y DECISION CONTRA DERECHO A SABIENDAS.

"Si dió por demostrada la violación del numeral 4o. del artículo 78 comentado, ESTABA OBLIGADO A DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO IMPUGNADO, dada la consecuencial violación del art. 89, numeral 2o.del C.F. que imponía la deserción de la licitación. La ley no dice que los intervinientes carezcan de interés o de derecho para hacer valer los vicios de ilegalidad, POR EL CONTRARIO, SON LOS UNICOS QUE PUEDEN HACER VALER LA ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

"B.- LA RESOLUCION ACUSADA ES NULA POR VIOLAR EL NUMERAL 3o. DEL ARTICULO 78 del C. Fiscal (Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985 modificado por el artículo 1o. del Decreto Departamental 000002 de 15 de enero de 1988).

"Dice la norma citada:

"Artículo 78.- Procedimiento para la licitación pública: La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas:

"1).....

"3) Dentro de los 20 días calendarios anteriores a la apertura de la licitación se publicará por lo menos dos avisos, con un intervalo no inferior a cinco (5) días calendarios, en uno o más periódicos de amplia circulación nacional.

"Cuando la licitación fuere internacional o su cuantía excediere de 12.000 salarios mínimos legales, dentro de los 30 días calendarios anteriores a su apertura, deberán publicarse cuando menos, cuatro (4) avisos con el mismo intervalo. El último deberá ser publicado con antelación no inferior a cinco (5) días calendario a la apertura de la licitación.

"Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación."

"La determinación del valor del salario mínimo legal, se hace por ley o por Decreto del Gobierno Nacional, por lo que es obligación del juez conocerlo.

"La administración Departamental conocedora de las ventas en los años anteriores a la licitación y los incrementos anuales del 10%, no podía ignorar que el valor de la licitación excedía la cuantía de 12.000 salarios mínimos legales, como en efecto, lo exceden ampliamente las propuestas.

"El sentenciador, por lo demás, acepta que la cuantía es superior a los 12 mil salarios mínimos legales.

"Dice así, la sentencia:

"Aceptando que el valor de la licitación hubiere sido superior a los doce mil (12.000) salarios mínimos y en consecuencia se requiriesen las publicaciones de cuatro avisos, es el caso de indicar, *que nos encontraríamos frente a una nulidad relativa del contrato, pero no frente a la nulidad de la resolución que adjudicó la licitación.*

"En efecto, la no publicación de los cuatro avisos constituye una irregularidad que al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Código Fiscal Departamental, podía alegarse por los interesados y sanearse por ratificación expresa o tácita de las partes.

"Es indudable que al abrirse la licitación pública número DC-05-88, mediante la resolución 002488 de 22 de agosto de 1988 y especificarse como fecha de apertura el día 14 de septiembre de 1988 y como fecha de cierre el 23 de septiembre del mismo año, no podían de ninguna manera publicarse los cuatro avisos si se tiene en cuenta que éstos debían publicarse con un intervalo de cinco días para cada uno y el término de la licitación era apenas de diez días.

"Ahora bien, si la sociedad actora participó en el proceso licitatorio, sin oponerse en ningún momento, fué porque convino con ello, ratificando de esa manera la actuación de la administración.

"Bien hubiera podido demandar la nulidad y la suspensión provisional de la resolución que declaró la apertura de la licitación y no lo hizo.

"De otra parte, cabe anotar, que a Discosar no se le impidió licitar, porque participó en el debate licitatorio.

"Otra cosa es que no hubiere resultado favorecida con la adjudicación de la licitación.

"Quien interviene en una licitación, lleva apenas una expectativa, pero jamás la certeza de ser favorecido. Si así fuera, sobraría el proceso selectivo que se hace al escoger a la persona que mejores garantías ofrezca a la administración, según criterio de ésta, ajustado a la ley.

"Tal vez, otras personas que se hubieren podido sentir afectadas por no poder concurrir a la licitación, hubiesen podido demandar por habérseles privado de ese derecho.

"Pero este no es el caso de la sociedad demandante que intervino hasta el último momento en el proceso licitatorio.

"Obsérvese como el numeral 2 del artículo 89 del Código Fiscal, establece que la licitación debe declararse desierta cuando se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los *requisitos esenciales*.

"La no publicación de los cuatro avisos no constituye requisito esencial, porque de ser así, hubiese sido incluida su omisión, como causal de nulidad absoluta del contrato en el artículo 78 del citado estatuto.

"Estima el Tribunal que la omisión planteada no apareja la nulidad de la Resolución de adjudicación de la licitación."

"Ya se explicó la diferencia entre los motivos de nulidad de los actos jurídicos administrativos unilaterales y las causales de nulidad de los contratos administrativos y la imperiosa obligación del juez de decretar la nulidad del acto frente a la simple transgresión de una norma a la cual debía sujetarse dicho acto.

"Por tanto, se impone la declaración de nulidad impetrada en la demanda.

"Resulta cuando menos infantil sostener, como lo hace el a-quo, que como la misma Administración se colocó en imposibilidad de publicar los cuatro avisos con intervalos entre uno y otro de cinco días, dentro de los diez días que se señaló como término de la licitación, no puede decretarse la nulidad y debe tratarse como irregularidad insubstancial.

"Entre otras cosas, la norma del artículo 78 lo que exige es que los cuatro (4) avisos se publiquen ANTES DE LA APERTURA "DENTRO DE LOS 30 DIAS CALENDARIOS ANTERIORES A LA APERTURA" y no dentro del plazo que corre entre la apertura y el cierre de la licitación como absurdamente lo sostiene el sentenciador de primer grado.

"Basta, pues, la violación del numeral 3o. del artículo 78, transcrito y la consecuencial violación del artículo 89, numeral 2o. del Código Fiscal Departamental que impedía, en tales circunstancias, la adjudicación e imponía la declaración de Desierta para la licitación para que se IMPONGA la declaración de nulidad del acto demandado.

"C.- *ES NULA la Resolución No. 003033 de 7 de octubre de 1988, demandada por* VIOLAR los artículos 29. ord. 4o., 99, 110, 112, 158,

165, 860, 897, 901 del C. de Co. y el artículo 5o. de la Ordenanza Departamental No. 009 de noviembre 19 de 1987 que adicionó el C. Fiscal Departamental. ESTA ACUSACION NO LA ESTUDIO EL TRIBUNAL.

"La manera como fueron violadas las normas anteriores aparecen claramente explicadas en la adición de la demanda y, por lo mismo, la transcribo como propias:

"5o. -Con relación a la firma mercantil AQUILES TREVISI & CIA LTDA, se tiene:

"5.1. Según el Certificado de la Cámara de Comercio de Valledupar que esta firma anexó a su propuesta, documento exactamente igual al anexado ahora también con la demanda por la parte que represento, se destaca que *tanto la escritura de su constitución como las que contienen reformas al Contrato Social se escribieron o registraron en esta Cámara el día 22 DE SEPTIEMBRE DE 1988.*

"5.2. Revisando la propuesta que presentó AQUILES TREVISI & CIA LTDA. para la Licitación aludida se verifica que:

"A.- El 6 de Septiembre de 1988 compró (acto jurídico) los pliegos. (Comprobante oficial de caja No. 38653 expedido por la Tesorería General del Departamento del Cesar y Certificación del 12 de Septiembre de 1988 expedida por PAULINA FRAGOZO VILLERO, Secretaria Ejecutiva del Departamento Administrativo de Planeación del Cesar).

"B.-El día 13 de Septiembre de 1988 se inscribió en el Registro de Proponentes. (Según se establece por el Comprobante Oficial de Caja del 6 de Septiembre de 1988 expedido por la Tesorería General del Departamento y dos Certificaciones del 12 y 23 de Septiembre de 1988, expedidas ambas por PAULINA FRAGOZO VILLERO, Secretaria Ejecutiva del Departamento Administrativo de Planeación del Cesar).

"6o.- En íntima relación con el hecho o circunstancia precedente se destaca:

"6.1. Las sociedades mercantiles se *constituyen* por escritura pública (art. 110 del Código de Comercio) y se *reforman del mismo modo* (art. 158 ibídem) y ambos actos deben inscribirse en el registro mercantil, sin lo cual "la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros" (inciso 2o. del mismo artículo 158).

"A su vez "cuando una reforma del contrato tenga por objeto el cambio de *domicilio* de la sociedad y éste corresponda a un lugar comprendido dentro de la jurisdicción de una Cámara de Comercio distinta de aquella en la cual se haya registrado la escritura de *constitución*, deberá *registrarse* copia de dicha escritura y de las demás reformas y actas de nombramiento de obligatoria inscripción en la Cámara del lugar del nuevo domicilio" (art. 165 del Código del Comercio).

"De igual modo el artículo 112 de la misma obra dispone que "mientras la escritura social (de constitución) no sea registrada en la Cámara correspondiente *al domicilio principal* de la sociedad, será *inoponible* el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los partes de los socios".

"Y el art. 116 ibídem dice que "Las sociedades *no* podrán *iniciar* actividades en desarrollo de la empresa social sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución...."; y, a su vez, el ARTICULO 99 del mismo Código expresa que "La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos (agrega la norma) en el objeto social los ACTOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL MISMO Y LOS QUE TENGAN COMO *FINALIDAD* EJERCER LOS DERECHOS O CUMPLIR LAS OBLIGACIONES, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad".

"Y a las normas aludidas se agrega la norma general (el art. 29 numeral 4) que dispone que ".... los actos y *documentos* sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción.".

"6.2 La sociedad AQUILES TREVISI & CIA LTDA. mediante escritura número 3684 del 20 de septiembre de 1988 reformó el Contrato Social y mediante ella determinó como DOMICILIO PRINCIPAL a la ciudad de VALLEDUPAR, y esta reforma, al igual que la de escritura de su constitución, como se indicó en el Hecho "5.1.", se registró en la Cámara de Comercio de esta ciudad el día 22 DE SEPTIEMBRE DE 1988.

"Siendo así, y de acuerdo con las disposiciones legales precedentemente transcritas, se tiene que la referida sociedad (obviamente en el área de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Valledupar) NO PODIA INICIAR ACTIVIDADES EN DESARROLLO DE LA EMPRESA SOCIAL ANTES DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 1988.

"Y es obvio que:

"A.- El acto jurídico de Compra de los Pliegos (ocurrido el 6 de septiembre de 1988) es, de conformidad con el artículo 99 del C. de Co., un acto directamente relacionado con el objeto social y que tenía, y tiene, como finalidad ejercer los derechos que se desprenden del desarrollo de tal objeto al punto de que, Honorable Tribunal, de no haber comprado dichos pliegos no habría podido presentar su Propuesta (Postura Art. 860 del C. de Co) ni, consiguientemente, obtener, como obtuvo, el Contrato para introducción, distribución, venta y comercialización de los productos de Licores de Caldas.

"B.- El acto jurídico de Inscripción en el registro del Proponentes (ocurrió el 13 de Septiembre de 1988), aquel y éste aludidos en el Hecho "5.2", es también un acto directamente relacionado con el desarrollo del objeto social y que obviamente tenía, y tiene, como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, porque, sin lugar a dudas- para poder participar en la Licitación, se debía cumplir con *la obligación previa* de inscribirse en el registro de Proponentes al punto que, de no haberlo hecho, no habría podido presentar su Propuesta o Postura. (Arts. 99 y 860 del C. de Co.).

"6.3. De lo anterior se tiene:

"Que tanto el acto de Compra de los Pliegos como el de Inscripción en el Registro de Proponentes, realizados, como se ja visto, por AQUILES TREVISI & CIA LTDA., antes del 22 de Septiembre de 1988 son INEFICACES DEL PLENO DERECHO DE INOPONIBLES A TERCEROS (Distribuidora Comercial del Cesar "Discosar Ltda.") y aún contra el mismo Departamento del Cesar, de conformidad con los artículos 897 y 901 del Código de Comercio.

"Por consiguiente, la Propuesta presentada por AQUILES TREVISI & CIA LTDA, debió ser *descartada o eliminada*, porque, Honorable Tribunal, toda Propuesta no sólo debe ajustarse al Pliego sino, además y fundamentalmente, a la Ley (entiéndase ley en sentido material) y este razonado análisis habría conducido a que la Comisión Evaluadora, *especialmente porque de ella hizo parte el Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación*, NO habría recomendado como elegible o ganable la Propuesta aludida.

"En síntesis AQUILES TREVISI & CIA. LTDA. no podía operar en Valledupar (su domicilio principal) sin previamente haber hecho los registros de Cámara (cumplir con el requisito de la publicidad) y, por lo mismo, todo lo hecho antes carece de la eficacia que la ley reclama".

"Lo anterior, implicaba la eliminación de la propuesta de Aquiles Trevisi y Cía Ltda.

"Pero además, dispone el artículo 5o. de la Ordenanza Departamental No. 009 de noviembre 19 de 1987;

"Art. quinto.- Quien se presente como licitante, para escoger distribuidor de licores, podrá ser persona natural o jurídica. En el caso de persona natural que tenga la calidad de comerciante y el domicilio principal o asiento principal debe ser Valledupar; en el caso de personas jurídicas, el domicilio social principal según la escritura vigente debe ser Valledupar".

"La licitación es la invitación que se hace a personas determinadas concretamente (la privada) o determinables o determinadas indirectamente (la pública) para que presenten propuesta de contratación a la Administración Pública.

"En la licitación pública, a diferencia de la privada, no se dirige la invitación a un número determinado e individualizado de personas pero si se determinan indirectamente al señalar la ley o el pliego de condiciones, los requisitos que deben reunir los licitantes.

"Cuando la ley o el pliego exigen determinados requisitos a los licitantes, éstos deben reunirlos al momento de la apertura de la licitación (momento inicial del plazo para presentar propuestas) y en el caso concreto la disposición ordenanzal transcrita exigía que para tal fecha los licitantes-personas jurídicas- tuvieran su domicilio principal en Valledupar, "SEGUN LA ESCRITURA VIGENTE" y como se ha demostrado en este cargo (sic), la sociedad Aquiles Trevisi y Cía Ltda, sólo tuvo su domicilio principal en Valledupar, mediante el registro de la escritura de reforma de sus estatutos, el 22 de septiembre de 1988, lo que impedía la adjudicación que se le hizo y, por tanto, se violó el pliego de cargos y el artículo 81 del C.F, y el art. 5o. de la Ordenanza No. 009 de 1987.

"Más aún, el domicilio social y principal de una sociedad, no es algo esotérico o deletéreo, sino algo práctico y tangible como que debe estar manifestado por el asiento de sus oficinas, hecho real que sirve de expresión al domicilio y en el presente proceso ha quedado acreditado que ni siquiera a la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda con que se inicia este proceso, tal sociedad tenía oficinas en Valledupar, como aparece del certificado de funcionario público (Secretario del Tribunal *a-quo*) y por información dada en la misma Gobernación del Departamento.

"La violación de las normas analizadas, impone la declaración de nulidad del acto de adjudicación.

"D.- *La Resolución demandada es NULA por violación del numeral "5.2." del Pliego de Condiciones*. ESTA ACUSACION NO LA ESTUDIO EL TRIBUNAL.

"La propuesta de "Aquiles Trevisi y Cía. Ltda."., ofrece, los siguientes volúmenes de venta:

"Mínimo en 4 años	Litros	Valor impuesto por consumo
	4.659.705	1.630.155.952.20
"Máxima en 4 años	5.003.118	1.750.291.155.36

"Convertidos en botellas, dado que el impuesto de consumo está referido a botellas de 750 c.c., se tiene:

"Mínima en 4 años	botellas
	6.212.940 botellas de 750 c.c.
Máxima en 4 años	6.670.824 botellas de 750 c.c.

"El impuesto al consumo por botella de 750 c.c., es de $222.00, según certificado oficial que obra en el proceso, (folio 109), pero la oferta de Trevisi toma la cifra de 222.04 por botella, como surge de la simple operación aritmética de dividir la suma que ofrece por cada año por concepto de impuesto al consumo, por el número de botellas que se compromete a vender.

"Hay, pues, manifiesto error aritmético de $0.04 por botella, que a tenor del numeral 5.2. del pliego de condiciones imponía la eliminación de la propuesta y por no haberlo hecho sino, por el contrario, por habérsela adjudicado la licitación, resulta ostensiblemente violado el numeral "5.2." del referido pliego y se impone la nulidad del acto demandado.

"Y hay otro error aritmético:

"Aún multiplicado el número de botellas que se ofrece vender, como máximo 6.670.824 por $222.04, da un total de $1.481.189 761 y no de 1.750.291.155.36 que señala la propuesta, lo que CONSTITUYE ERROR ARITMETICO EVIDENTE EN cuantía de $268.530.155.36.

"Pero además HAY OTRO ERROR ARITMETICO:

"En efecto. Está en el proceso (folio 109) el certificado oficial en que consta que el impuesto de consumo por botella de 750 cc. es de $222.oo, por lo que las 6.670.824 botellas que TREVISI promete vender, causarían un impuesto de $222.oo por botella, para un total (6.670.824 x 222 = $1.480.922.928) 1.480.922.928, que es el valor real de la propuesta que configura un ERROR ARITMETICO EVIDENTE en la cuantía que representa la diferencia entre el valor real de la propuesta ya anotado y señalado en ella de $1.750.291.155.36 es decir, un error de $269.368.227.36.

"Y la única explicación que puede dar Trevisi y Cía. es que, como surge de su propuesta, en la columna del impuesto de consumo, aumentó arbitraria e ilegalmente el valor del impuesto de consumo en un 10% cada uno de los cuatro años del proyectado contrato, con lo que configura un nuevo error aritmético y una clara violación del artículo 66 de la ley 14 de 1983.

"Los errores aritméticos anotados, imponían en cumplimiento a lo previsto por el numeral 5.2. del pliego de condiciones, la ELIMINACION de la propuesta de AQUILES TREVISI Y CIA. LTDA y como no lo hizo así, resulta violada tal disposición y se impone la declaración de nulidad del acto de adjudicación.

"E.- La Resolución acusada es NULA por violación de los numerales 3.6. literal e), 5.2, 5.3, 6 y 8.3 del pliego de condiciones y del art. 63 de la ley 14 de 1983.

"En efecto, la propuesta de DISCOSAR LTDA, fue eliminada por dos razones:

"1) Porque no ofrece la participación en las ventas a que se refiriere el art. 63 de la ley 14 de 1983, y

"2) porque la garantía de seriedad se presentó por debajo del 10% mínimo exigido por el literal e) del numeral 3.6 del pliego de condiciones.

"Dentro de las exigencias para la adjudicación (numeral 3 del pliego) se encuentran todos los requisitos que deben reunir las propuestas y entre ellas se señala la de UNA PROPUESTA ECONOMICA para combatir el contrabando, pero por ninguna parte se exige el señalamiento de la participación sobre las ventas de que habla el artículo 63 de la ley 14 de 1983, por la poderosa razón de que tal participación no es objeto de la licitación SINO DEL CONTRATO.

"Y tan cierto es ello que en el numero 8 del pliego bajo el acápite CONTRATO, en su numeral 8.3., se dice:

"8.3. Participación porcentual del Departamento del Cesar en el precio de venta del producto (de acuerdo al artículo 63 de la Ley 14 de 1983).

"El Departamento del Cesar recibirá de parte del Contratista Distribuidor un porcentaje del .....% proveniente del precio de venta del producto, que será liquidado por la Sección de Inspección de Rentas Departamentales y se pagará junto con los impuestos de consumo de los mismos productos.

"Y como es obvio, se deja en blanco el porcentaje que se debe pagar SEGUN CONVENIO DE LAS PARTES como literalmente lo dice el artículo 63 de la ley 14 de 1983.

"Y algo más. La mejor prueba de que tal participación no era objeto de la oferta, es que la garantía de seriedad se exige sobre el valor de la propuesta tomado como el total de los impuestos de consumo en los 4 años del contrato sin incluir la participación aludida.

"Obvio que si tal participación fuera parte de la propuesta, el numeral 3.6. literal e), indicaría liquidar el 10% como garantía de seriedad sobre el valor máximo del impuesto de consumo más la participación ofrecida y NO LO HACE, porque, como ya se dijo, tal participación es producto del CONVENIO de las partes en el CONTRATO.

"Y es así como la minuta de contrato que es parte de la licitación, trae, también, en blanco, el porcentaje de dicha participación.

"Por tanto, al ser eliminada la propuesta de DISCOSAR LTDA., por tal observación, se violaron las normas indicadas, dado el estricto ceñimiento de esta propuesta a las condiciones del pliego.

"Y en relación con el error aritmético en la liquidación de la garantía de seriedad, vale acotar:

"El valor del impuesto al consumo, en cumplimiento del art. 66 de la ley 14 de 1983 se liquida no sobre CAJAS sino sobre VOLUMENES a razón del 35% sobre el valor de cada botella de 750 c.c.

"Por tanto, si DISCOSAR ofreció vender, en total, en los 4 años del contrato, 11.661.942 botellas de 750 cc., para un valor total del impuesto al consumo ($222.oo por botella) de $2.588.951.211, el 10% de esta suma (numeral 3.6. literal e) del pliego) es igual a $258.895.121 que fue el valor de la garantía prestada, por lo que no hay error aritmético alguno en su liquidación.

"En consecuencia al eliminarse la propuesta de DISCOSAR LTDA., por tal razón, se violan las normas citadas, a las cuales debía sujetarse el acto de adjudicación y, por lo mismo, resulta nulo.

"Reproduzco aquí, lo que se dijo en la corrección de la demanda inicial:

"7o.- Siguiendo con el análisis de la Propuesta de AQUILES TREVISI & CIA. LTDA., se destacan otros aspectos de la misma que a continuación se relacionan:

"7.1. El Pliego de Condiciones expresa en su numeral "3.6." (literal "g") lo siguiente:

"Cada propuesta deberá contener los siguientes documentos:

"g.- Programa de ventas, detallando las ventas máximas y mínimas mensuales, expresadas en cajas de licor , *procesando capacidad volumétrica para cada caso*".

"En tal virtud la firma ganadora propone un "GRAN TOTAL" de 5.003.118 LITROS. (Se sabe que un litro equivale a 1.000 centímetros cúbicos).

"Para las operaciones aritméticas, esta compañía toma el valor de $222.04 (agrega, inexplicablemente, cuatro centavos sobre el valor oficial del impuesto de consumo que es de $222.oo, sin centavos, por cada 750 centímetros cúbicos, según la Certificación de Octubre 25 de 1988 expedida por ARMANDO IBARRA AVILA, Jefe de Rentas Departamentales y, en tal caso, con el primer valor ($222.04), la cuantía de la Propuesta es de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN PESOS ($1.481.189.761.oo), que viene a ser el verdadero valor real de la Propuesta, y no de $1.750.291.155.36, con lo cual se advierte una diferencia de DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS ($269.368.227.oo) lo cual, según el numeral "5" ("5.2.") del Pliego de Condiciones, debía conducir a la eliminación de la Propuesta.

"Replicará, seguramente, AQUILES TREVISI & CIA LTDA., sobre el aspecto anotado, que su Propuesta le asciende a algo más de MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (impuesto a percibir por el Departamento en cuatro años) explicando que esta cifra resulta, como en ella se indica, de las estadísticas del DANE (para los dos primeros años), por una parte, y de un incremento del 10% para cada uno de los dos años subsiguientes, por otra.

"Pero, de antemano, se contraargumenta que EL PLIEGO DE CONDICIONES NO EXIGIA HACER LOS CALCULOS SOBRE SUPUESTAS ESTADISTICAS DEL DANE (que por lo demás no aparece Certificación en la Propuesta) NI SOBRE CALCULOS PROBABLES O CAPRICHOSOS DE INCREMENTOS (del 10%) PARA EL FUTURO PORQUE, ES OBVIO, QUE NO ES POSIBLE PREDECIR EN QUE QUANTUM INCREMENTARA EL LEGISLADOR LOS IMPUESTOS EN EL INTERREGNO DE CUATRO AÑOS, cuestión ésta muy diferente el incremento del 10% anual de *las ventas* como aparece en el *Contrato proyectado (Frase final)* de la Cláusula Segunda) y diferente también a lo previsto para Contratos (y no para licitaciones) en el Parágrafo del art. Décimo Primero de la Ordenanza 009 de 1987.

"7.2. Si el mismo volumen de *litros* ofrecidos (5'003.118), en cuatro años, en una simple o sencilla operación aritmética , se convierten en botellas de 750 cc., equivalen entonces a 6'670.824 botellas que multiplicados por $222.oo (valor del impuesto *vigente* cuando se presentaron las Propuestas y por cada botella de 750 c.c.) da la cifra de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($1.480.922.928.oo).

"Ahora bien: Como en el hecho anterior ("7.1.") se anotó que AQUILES TREVISI & CIA LTDA. tomó el valor de $222.04 (cuatro centavos más) con lo que la operación aritmética dio $1.481.189.761.oo se advierte entonces, *considerado el valor real del impuesto*, que hay una diferencia de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($266.833.oo).

"Entonces esta diferencia ($266.833.oo) es un nuevo error aritmético y que nuevamente y de conformidad con el Numeral "5" ("5.2.") del Pliego de Condiciones debía conducir a la eliminación de la Propuesta de AQUILES TREVISI & CIA. LTDA.

"8o. Con relación al Hecho "3o" (literal "A"), referente a la eliminación o descarte de la Propuesta de DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR "DISCOSAR" LTDA. sobre supuesto error aritmético en el sentido de que, según la Comisión Evaluadora, la garantía fue liquidada sobre 902.628 cajas y la base debió ser sobre 902.655, se informa lo siguiente:

"8.1. En principio, toda Propuesta, en materia de Licitaciones, debe ajustarse al Pliego de Condiciones.

"Pero, no es menos cierto, que, a su vez, todo Pliego de Condiciones debe ajustarse a la ley, de lo cual resulta que, más que al Pliego, la Propuesta debe ceñirse, primordialmente, a la ley misma.

"Es cierto que el Pliego de Condiciones para la presente Licitación (DC-05-88) en su numeral 3.6. (literal "g") expresa:

"Programa de ventas, detallando la ventas máximas y mínimas mensuales, expresadas *en cajas* de licor, *procesando su capacidad volumétrica* para cada caso".

"8.2. Dicho lo precedente, se precisan los siguientes criterios:

"8.2.1. La ley 14 de 1983 art. 66, expresa que "El impuesto de *consumo* sobre licores.....se determina sobre el precio. *...de la botella de 750 mililitros de aguardiente....*".

"Las tarifas por *botellas de 750 mililitros o proporcionalmente a su VOLUMEN*, serán las siguientes:

"1o. El 35% para licores nacionales y extranjeros".

"8.2.2. En igual sentido se expresa el artículo 78 de la Ordenanza No. 031 de Noviembre 30 de 1985 (Código de Rentas del Departamento del Cesar), que se adjunta con esta adición de la demanda.

"8.2.3. De lo dicho, se concluye que el impuesto de consumo se liquida y paga sobre VOLUMEN y no sobre CAJAS. Es obvio: El consumidor no consume cajas sino el líquido (Volumen).

"8.2.4. En el orden de lo que se ha venido expresando, se tiene que el licitante, *entendido el propósito y la naturaleza de la licitación en el asunto sub-lite*, debe indicarle al Departamento del Cesar (en su Propuesta) qué valor de impuestos, en cuatro años, percibirá la entidad oficial, que necesariamente se calculará sobre el *VOLUMEN que, en tal interregno, se propone introducir, distribuir y comercializar.*

"Entonces, Honorables Magistrados, el Proponente DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR "DISCOSAR" LTDA. ofreció un determinado y preciso número de botellas con especificación del *volumen* de cada una de ellas e hizo el cálculo (tomando como base un impuesto de $222.oo por cada 750 cc.) con lo cual le dio un resultado (correcto e incontrovertible) de DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS ($2.588.951.211.oo) como el valor de

los impuestos a percibir por el Departamento del Cesar en el interregno de cuatro años.

"Y como la garantía de seriedad es del 10% y necesariamente se liquida sobre dicho valor, como en efecto se liquidó, la operación es correcta y, por consiguiente, todo está en orden.

"8.3. Se dijo (Hecho tercero, literal "A"), Honorables Magistrados, que el asunto de las "cajas", aludido por la Comisión Evaluadora, es un sofisma. Y en efecto lo es, porque:

"8.3.1. El licitante, en realidad, no tiene que ofrecer cajas sino volumen (en litros como lo hizo AQUILES TREVISI & CIA LTDA. o en botellas de tantos centímetros cúbicos como lo hizo DISCOSAR LTDA).

"8.3.2. El impuesto de consumo de licores está determinado en la ley y no puede ser cambiado o modificado a su arbitrio, por las partes.

"8.3.3. La *caja* es un recipiente (de cartón, madera o cualquier otro material), cuya especificación sí puede ser cambiada por el fabricante o por instrucciones de la Industria Licorera de Caldas al fabricante, *lo que jamás podrá hacer con el porcentaje de impuestos*, lo cual compete exclusivamente al legislador.

"Se quiere decir o significar, que después se podrán elaborar cajas con capacidad, cada una de ellas, para dos, cien, ciento veinte o dos mil botellas, etc., etc.

"Entonces, de aceptarse el argumento de las "cajas", tendría que aceptarse, de igual modo, que en el interregno del cumplimiento de un contrato, y la de todos los que similarmente se realizan en el país, el fabricante o la industria licorera, a su arbitrio, puede modificar las cláusulas del Convenio y, en general, la de todos los acuerdos bilaterales que caprichosamente se pretendan modificar, con la simple circunstancia de variar las especificaciones de las cajas.

"Fluye, entonces, que el Pliego de Condiciones *no* puede exigirle determinación de cajas (y en este sentido *no* está conforme a la ley) al licitante porque, se repite, el impuesto de consumo (Y por consiguiente la garantía de seriedad) no puede liquidarse sobre cajas sino, como se ha visto, sobre el volumen.

"Es por eso que DISCOSAR LTDA., y en atención a que el impuesto de consumo (que sencillamente se entiende por qué se denomina así) se liquida y paga a razón de $222.oo por cada 750 cc. ofrece en su Propuesta 11'661.942 (botellas o unidades de dicho volumen) así:

"CALCULO DEL VALOR DE LA POLIZA DE CUMPLIMIENTO

	"UNIDADES DE 750 cc	IMPUESTO CONSUMO	IMPUESTO ANUAL
"PRIMER AÑO	2512808	222	557843398
"SEGUNDO AÑO	2764089	222	613627738
"TERCER AÑO.	3040498	222	674990512
CUARTO AÑO	3344548	222	742489563
"TOTAL			
UNIDADES 750 CC.	11661942	TOTAL	2588951211

"SERIEDAD DE LA PROPUESTA POLIZA DE GARANTIA TOTAL IMPUESTO 2588951211

"POLIZA POR EL 10% DEL TOTAL DE IMPUESTOS...$258895121"

"F.- La Resolución de adjudicación acusada, es NULA por violación de los numerales 7.1. y 7.2 del Pliego de condiciones y el artículo 81 de C. Fiscal Departamental (Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985).

"1) Pliego de Condiciones:

"7.1. Las Propuestas se evaluarán bajo los siguientes criterios:

"a. Volumen de Ventas;

"b.- Solvencia Económica;

"c. Moralidad Comercial;

"d. Cumplimiento de Contratos anteriores;

"e. Experiencia en este Tipo de Negocios;

"f. Organización y Equipos de los Establecimientos Comerciales;

"g. Capacidad Operativa"

"7.2. En igualdad de condiciones, debe preferirse la Propuesta de mayor seriedad, organización y operatividad".

"2) Art. 81 de. C.F.

"*Criterios para adjudicación* - La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuando el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime 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, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondientes, 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.

"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 a la industria nacionales en los términos de este Código 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, siempre y cuando esta posibilidad hubiere sido prevista en el pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso.

"En 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".

"3) *Demostración*

"Atrás quedó visto que la propuesta de Aquiles Trevisi y Cía Ltda., depurada de los errores aritméticos que contiene, es realmente, así:

Máxima

"Botellas de 750 cc.5.003.118 litros 6.670.824.

Impuesto

"Botellas 6.670.824 x 222 =$1.480.922.928.

"Aportes para contrabando = 123.053.040.

TOTAL $1.603.975.968.

"y la de DISCOSAR LTDA.

Impuesto

"11.661.942 botellas de 750 cc. x 222 = $2.588.951.211.

"Aportes para contrabando = 68.040.446.

"TOTAL 2.656.991.657.

"Lo anterior demuestra que la propuesta de DISCOSAR LTDA. supera a la de TREVISI & CIA LTDA., en UN MIL CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS ($1.053'015.689.oo).

"Pero aún más. Sumándole, en gracia de discusión, a al propuesta de AQUILES TREVISI & CIA LTDA., la suma que ofrece como participación en las ventas de $329.410.424.26, le daría un total de (1.603.975.968. + 392.410.424.26 = 1.996.386.392.26) UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS.

"Es decir, aún así, la propuesta de DISCOSAR LTDA. superaría a la de TREVISI & CIA. en SEISCIENTOS SESENTA MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS M/L. ($660.605.264.74).

"Por último y aún cuando de las actas de evaluación de las propuestas y de las condiciones del pliego al señalar la garantía de seriedad en el 10% del monto máximo del impuesto de consumo ofrecido, se CONCLUYE que la comparación de las propuestas tiene que hacerse enfrentando la oferta máxima de impuesto de las mismas, para abundar en la demostración de que comparando las propuestas mínimas también es MAS FAVORABLE la de DISCOSAR LTDA., se hace la siguiente comparación:

"TREVISI Y CIA.

"Mínima

".4.659.705 Litros

"0 sea 6.212.940 botellas de 750 cc.

"Botellas	*Impuesto*	*Total Impuesto*
"6.212.940	x 222	$1.379.272.680.
"Más aportes contra contrabando		= 123.053.040.
	TOTAL	=$1.502.325.720.

"DISCOSAR LTDA.

"*Mínima*

"Impuesto de consumo	=$1.726.011.150.
"Aportes contra contrabando	= 68.040446.
"TOTAL	= $1.795.051.596.

"A la propuesta de TREVISI se le han corregido los errores aritméticos analizados en los cargos que se dejan estudiados y no se le incluye a ninguna de las propuestas la participación en las ventas de la ley 14 de 1983, por cuanto, como ha quedado demostrado, tal participación no era objeto de la *licitación* sino del convenio entre las partes formalizado en el contrato.

"Comparadas así, las propuestas mínimas reales de los dos licitantes, la de DISCOSAR LTDA. supera a la de TREVISI Y CIA LTDA. en DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (·$292.725.876.oo)M/L.

"Es, pues, también la mejor OFERTA en volumen de ventas y en impuesto al consumo por recibir.

"No hay, pues duda, por volúmenes de venta y monto del impuesto al consumo y por el total de los ingresos al Departamento, la propuesta de DISCOSAR LTDA, es ampliamente más favorable para el Departamento que la de AQUILES TREVISI Y CIA LTDA.

"Y si a lo anterior se agrega que DISCOSAR LTDA llevaba más de seis años como Distribuidor de los productos de la Licorera de Caldas en el Departamento del Cesar, con estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales, con una organización empresarial seria, con una solvencia económica muy superior a la de Trevisi, con oficinas propias en Valledupar y en la mayoría de los Municipios del Departamento, con vehículos suficientes y mercados con la propaganda de los productos y un equipo, en fin, que no tenía Trevisi (folios 183, 186, 193, 204 y ss. y 264 del expediente) resulta indiscutible que la no adjudicación de la licitación a DISCOSAR LTDA y la adjudicación a AQUILES TREVISI Y CIA LTDA., VIOLAN flagrantemente los numerales 7.1 y 7.2. del pliego de condiciones y art. 81 del C.F (Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985) y, por lo mismo, RESULTA NULA la Resolución de adjudicación demandada.

"Reiteradamente ha dicho la doctrina y la ha sostenido permanentemente la jurisprudencia del Consejo de Estado que la adjudicación no es *discrecional* sino *actividad reglada* por lo que la Administración tiene que ceñirse estrictamente a los criterios de evaluación de las propuestas para determinar la mejor.

"Reproduzco lo que se dijo en la sustentación del recurso de apelación.

"A. Se adujo (Hecho 3o, Literal "A" de la demanda" que la Propuesta de DISCOSAR LTDA. ".....representaba *altos volúmenes de ventas* que, a su vez, le significaba al departamento del Cesar una mayor captación del impuesto de consumo...." y en el "Concepto de la Violación" (folio 105 del Cdno Ppal) del escrito de *adición* de la demanda que "....la ahora demandante ofreció más de OCHOCIENTOS MILLONES ($800'000.000.oo) por encima de la Propuesta de AQUILES TREVISI & CIA LTDA."

"En respaldo de ese planteamiento, el Comité evaluador de las Propuestas dijo: "...Es cierto que la *Propuesta* presentada por Distribuidora Comercial del Cesar Ltda., "Discosar" *ofrece un mayor volumen de ventas*...". (Es la prueba).

"¿ Era éste uno de los factores para evaluar positivamente las propuestas y su escogencia?. Por supuesto que sí.

"En efecto, el numeral 7 (7.1) del Pliego de Condiciones dice:

"7. *Evaluación de las Propuestas*:

"7.1. Las Propuestas se evaluarán bajo los siguientes criterios:

"a) Volumen de Ventas.

"b) Solvencia económica.

"c) ...".

"E igualmente el art. 81 del Código Fiscal del Departamento lo contempla como factor (precio).

"DISCOSAR LTDA. (para dar cumplimiento al numeral 3.6., literal "e" del Pliego de Condiciones), y para efectos de liquidar la garantía de seriedad de la Propuesta, ofreció, como se dijo en la demanda (Hecho 3o., Literal "A") la suma de DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS ($2.588.951.211.oo) como impuestos máximos a percibir por el Departamento en cuatro (4) años. Este valor se verifica en el folio 73 de su Propuesta. Y sobre éste se liquidó, en efecto, dicha garantía, la cual consta en la Póliza de Seguros del Caribe número 49694 (folios 38 y 39 de la Propuesta) por el diez por ciento (10%), esto es, DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTIUN PESOS ($258.895.121.oo).

"Quiero resaltar lo siguiente: ES UNA PROPUESTA RESPALDADA POR UNA COMPAÑIA DE SEGUROS.- ¡ Recalco: Es una alta y halagadora Propuesta de más de Dos mil quinientos millones de pesos respaldada por una compañía de Seguros.

"Por eso el Pliego de Condiciones le denomina Garantía de SERIEDAD de la propuesta.

"La propuesta de AQUILES TREVISI & CIA LTDA. también estaba o está garantizada, ¡pero por una cuantía menor. Que corresponde, obviamente, ¡a una propuesta de menor valor.

"No era ni es, pues, Honorables Consejeros, caprichosa la significativa Propuesta que le hizo DISCOSAR LTDA. al Departamento del Cesar. No.

"Ella corresponde a quien, además, con sus "BALANCES" demostró tener una mayor capacidad económica, solvencia, a quien, conociendo el mercado del Departamento porque venía siendo el distribuidor y por una mejor disponibilidad de equipos o capacidad operativa, podía, seriamente, presentar esa oferta.

"AQUILES TREVISI & CIA LTDA. ni aún ofreciendo la denominada "participación porcentual" superaba la Propuesta de DISCOSAR LTDA., la que, como lo anterior, también ofreció una significativa suma para erradicar el contrabando. ¡Y es que si venía siendo distribuidor en el Departamento, con mercado conocido, la suma ofrecida es la que pareció bastante o necesaria.

"B. Que DISCOSAR LTDA. presenta una mejor "solvencia económica". Así se adujo en el denominado "Concepto de la Violación" (folio 106 del Cdno Ppal) contenido en la *adición de la demanda* al hacerse alusión al art. 81 de la Ordenanza 030 de Noviembre 30 de 1985 (Código Fiscal del Departamento) ya que uno de los criterios de evaluación para la adjudicación es la de la "solvencia económica" y las pruebas son los BALANCES.

"Este aspecto lo reiteré en *el alegato de conclusión* y ahora lo transcribo nuevamente:

"Igualmente DISCOSAR LTDA. (ver balances en las Propuestas) presenta una mayor "solvencia económica".

"Es conveniente transcribir lo que expresa la ley 145 de 1960, art. 9.:

"La atestación y firma de un contador público hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta los requisitos legales, lo mismo que a los estatuarios en el caso de personas jurídicas.

"Tratándose de *balances*, se presumirá además, que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las *cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance*".

"Balance de DISCOSAR LTDA, en julio de 1988: $313'788.808.oo (Trescientos trece millones setecientos ochenta y ocho mil ochocientos ocho pesos). Folio 75 de la Propuesta.

"Balance de AQUILES TREVISI & CIA LTDA. en julio de 1988: $72'268.731.70 (Setenta y dos millones doscientos sesenta y ocho mil setecientos treinta y un pesos con setenta centavos). Folio 124 y 125 de la Propuesta.

"Finalmente, y para no ser reiterativo, baste con recordar el "Concepto de la Violación " (demanda inicial y su adición) en el que se adujo la transgresión del artículo 81 (criterios para adjudicación) del Código Fiscal del Departamento".

"Sorprende que el Tribunal (página 17 del fallo) diga que "tampoco importa para el caso en estudio que una de las personas Licitadoras (sic) sea más solvente económicamente que la otra....".

"Sorprende porque la favorabilidad de una Propuesta depende de todos los factores y quien presenta y una mayor capacidad económica, ha de colegirse que cumple mejor que otro con uno de los factores y que eso explica que ofrezca un mayor volumen de impuestos.

"La experiencia o la capacidad, miradas las necesidades del servicio, en la medida en que los aspirantes tengan mejores calidades que otros deben ser preferidos.

"Así entre dos Licitantes para un contrato de obras, uno calificado y clasificado en quinta categoría y el otro en tercera, deberá ser preferido este último, aunque se conjeture que el primero pueda ejecutar el contrato. Así, entre esos dos licitantes para el contrato de obra, el uno con un "K" (capacidad de contratación) de cien millones y el otro con un "K" de cincuenta millones, deberá preferirse el primero.

"Se quiere significar, con los ejemplos, que las leyes son leyes y los reglamentos son reglamentos. Deben observarse. No es posible un margen de discresionalidad ampliamente subjetiva. Hay unos parámetros y en éste sentido la competencia es reglada.

"Precisamente y volviendo a lo que se ha venido expresando, el numeral 3.6., literal "K" del Pliego de Condiciones dice:

"3.6. Cada Propuesta deberá contener los documentos siguientes:

".....

".....

"K. Balance y sus anexos certificados por un Contador Público Juramentado o un Revisor Fiscal".

"¿Qué otro sentido tiene pedir balances si no es para conocer quién es el de mayor capacidad o solvencia económica?

"¿Qué otro sentido tiene pedir el "Programa de Ventas" (numeral 3.6. Literal "g" del Pliego), "volumen de ventas" si no es para determinar cuál licitante ofrecerá más impuestos de consumo en cuatro (4) años al Departamento?.

"C. Y se quisiera abundar más, el numeral 7 (7.1), Literales "f" (Organización y Equipos) y "g" (Capacidad Operativa, del Pliego de Condiciones, como factores o criterios de "EVALUACION DE LAS PROPUESTAS", debe indicarse que DISCOSAR LTDA. (ver su propuesta) ofrece una mayor *capacidad operativa* (disponibilidad de un mayor número de vehículos distinguidos con sus Placas y destinados a la ulterior ejecución del contrato) y como, adicionalmente, había sido previamente contratista (ver certificación a folios 264 a 266 del Cdno Ppal) y cumplido con tales convenios, repuntaba en el cumplimiento de los demás factores".

"IV.- EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

"Anulado el acto administrativo de adjudicación y demostrado, como ha quedado hasta la evidencia, que DISCOSAR LTDA. tenía derecho a que se le adjudicara la licitación surge claro que, igualmente, tiene derecho a que, a título de restablecimiento del derecho y ante la imposibilidad de que el Juez obligue a la Administración a contratar, se le indemnicen los perjuicios materiales causados en su doble dimensión de daño emergente y lucro cesante, como fueron impetrados en la demanda inicial y su adición y corrección, plenamente acreditados en el proceso en su cuantía de $923.735.oo como daño emergente y $258.895.121.oo más los intereses comerciales desde octubre de 1988, como lucro cesante mínimo, atendida la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que limita la indemnización del licitante vencido al valor por el cual se presta la garantía de seriedad.

"Recientemente esa H. Corporación (Sentencia de diciembre 9 de 1988, expedientes acumulados Nos. 3528, 3529 y 3544 ,ACTORES: Francisco Eladio Gómez y otros) sostuvo que si el licitante vencido se limita a atacar el acto administrativo de adjudicación por vicios del proceso de licitación, mal puede obtener, como indemnización de perjuicios lo que hubiera obtenido como utilidad en la frustrada ejecución del contrato, quedando limitada su vocación indemnizatoria a la compensación de los gastos hechos por razón de la licitación.

"Pero la misma sentencia es clara al sostener, con evidentes razones de equidad, que cuando el licitante vencido no sólo ataca el acto de adjudicación por vicios del proceso licitatorio y los demuestra sino que, además afirma y prueba que su propuesta era la mejor para obtener, también, por razones de fondo o de sustancia, la nulidad del acto de adjudicación, tiene pleno derecho a demandar y obtener a título de restablecimiento del derecho, la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que hubiera obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato o, cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad.

"Y lo anterior es no solo jurídico y legal sino altamente equitativo y moralizador, pues si de todas maneras se limitara la pretensión indemnizatoria del licitante vencido al daño emergente (gastos hechos para licitar) no obstante que probara no sólo los vicios de procedimiento sino su mejor derecho a la adjudicación, se le daría un duro golpe a la legalidad del proceso licitatorio, se acabaría con el freno a la arbitrariedad de la administración, a la corrupción en la contratación administrativa y a toda la moral de la actuación contractual del Estado, pues los solos gastos hechos en la licitación ni serían aliciente suficiente para que el licitante vencido enfrentara un costoso pleito ni alcanzarían para sufragar siquiera las agencias en derecho en tales juicios.

"Así, pues, la Administración y el licitante deshonesto todo lo que tendrían que hacer, además de amañar el proceso contractual, era incurrir ex-profeso, en irregularidades en el procedimiento licitatorio para que su actividad ilícita quedara en la impunidad por absoluta imposibilidad de que el licitante honesto vencido arrastrara el costoso y agotador juicio sin posibilidad alguna de obtener el total restablecimiento del Derecho.

"Tómese como ejemplo este proceso en el que la inmoralidad y el interés ilícito huelen desde el acta de cierre de la licitación, apesta en la evaluación y causa horror en la adjudicación.

"Se amañan las cifras, modificando la cuantía de un impuesto señalado por ley y se le incrementa anualmente en un 10% sustituyendo al legislador, todo para inflar una propuesta y cuando a pesar de ello, la formulada por el licitante vencido resulta superior, entonces se la descalifica con formaciones falsas como la de que prestó garantía de seriedad por menos de lo exigido por el pliego lo que no sólo no es cierto sino que además supera en más de 78 millones la prestada por el vencedor y se le endilga que se equivocó en el número de cajas de licor, cuando se trata de "procesar volúmenes" para liquidar un impuesto señalado por la ley sobre botella de 750 cc., todo lo cual hace DISCOSAR LTDA. con esmerado respeto por la ley.

"Y así se elimina al licitante que llevaba más de seis años distribuyendo en el Cesar los productos de la Licorera de Caldas, con éxito, con pulcritud y honorabilidad, como lo tienen que certificar los mismos funcionarios del Departamento y con una solvencia económica y una organización empresarial de la que carece el vencedor, quien, entre otras cosas, a la fecha de la apertura de la licitación no reunía los requisitos para licitar y ni a la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda tenía siquiera oficinas en Valledupar.

"Y sin embargo TRIUNFO LA INMORALIDAD. El contrato lleva ya 1 año de ejecución, el adjudicatario no se ha lucrado en menos del 50% de lo que recibe el Departamento, todo gracias a las actuaciones ilícitas de la licitación y adjudicación. Sería inicua la sentencia que dijera que el licitante vencido prueba su mejor derecho y ataca la corrupción administrativa Y SE ARRUINA.

"No todo lo moral es jurídico pero todo lo jurídico tiene que ser moral pues de otra manera el derecho se constituye en instrumentos de defensa y de respaldo a lo INICUO.

"Vale la pena transcribir lo que recientemente dijo esa H. Sala sobre las innegables relaciones entre la moral y el derecho.

"Quede pues, bien en claro, que para esta Sala era INCONVENIENTE, por razones de índole moral, hacer la adjudicación del contrato a la sociedad demandante. Si esto último hubiese ocurrido, en el campo jurídico de cuestionamiento de la resolución hubiese sido amplio y serio, pues en los tiempos que corren tanto los doctrinantes como la jurisprudencia se inclinan por la revocatoria o anulación de los contratos administrativos por razones de tal naturaleza. Por ello Brandao Cavalcanti, citado por Bercaitz, enseña:

"Toda actuación administrativa ha de tener inexcusablemente una base moral" "la moral es y debe ser la base de toda la actividad de la administración; del mismo modo, la moral debe ser el soporte de toda la actividad de los administrados" (Bercaitz. Teoría General de los contratos administrativos, 2a. Edición, pág. 54).

"La perspectiva jurídica y moral anterior lleva a este último tratadista a ocuparse del tema para predicar:

"Como enseñan Brandao Cavalcanti y Bielsa , la legislación que establece la revisión de los contratos administrativos cuando una grave razón de moralidad lo impone, constituye un índice de progreso y evolución de la conciencia jurídica: "El concesionario, el constructor de obra pública, etc., están como el funcionario público, en función de colaboración pública, y esa colaboración no puede subsistir sin causa, ni sobre bases inmorales (negociados escandalosos)" (Brandao Cavalcanti).

"Igual que la legalidad, la moralidad es de la esencia de todo contrato administrativo, tanto en cuanto se refiere al obrar de los cocontratantes del Estado, como en lo relativo a la conducta de los agentes del último que actúan en su representación, ya que, como bien observa Canasi, sólo cabe hablar del proceder de éstos y no del Estado, por su carácter de ente jurídico público.

"El principio se ha aceptado sin ninguna resistencia en materia de contrato de función o empleo público, pero el fundamento de tal causa de rescisión puede y debe extenderse a todos los demás contratos en apoyo de una revocación o anulación por razones de moralidad, que es comprensiva, a la vez de la revocación o anulación por razones de legitimidad, de conveniencia o por hecho imputable al cocontratante.

"En efecto cuando el contrato se ha celebrado mediante manejos inmorales, o en forma deshonesta, o exterioriza un favoritismo escandaloso, puede afirmarse que existen razones de legitimidad para revocarlo o anularlo, *ya que la legalidad y la moralidad de la actividad administrativa no marchan ni pueden marchar divorciadas*.

"Cabe señalar, igualmente, que existen razones de conveniencia, porque al celebrar ese contrato no se ha dado plena satisfacción a los fines públicos, ni a las necesidades públicas que debieron ser su causa, ni ésta ha sido evidentemente el interés público o la utilidad pública, motivo por el cual no puede ser conveniente su supervivencia.

"Y por último, puede decirse que existe como causa de revocación o anulación, un hecho imputable al cocontratante, porque éste no es ni puede ser considerado ajeno a la inmoralidad o al negociado que dió origen al contrato. Al contrario, él es el causante de la inmoralidad y su beneficiario directo. *Por todo ello, la revocación o anulación de los contratos administrativos, por razones de moralidad, tiene tanta importancia a nuestro criterio, como la revocación o anulación por cualquiera de las otras causas que hemos señalado*" (Obra citada, págs. 556 y 557. Subrayas de la Sala).

"Sin que se pretenda confundir el derecho con la moral, sí debe consolidarse la perspectiva jurídica anterior por la vía jurisprudencial, para que las personas que están vinculadas con la administración y las que dejan de estar a su servicio (éstas últimas en el futuro inmediato) entiendan que no deben aspirar a contratar con ella, ni en forma directa, ni a través de sociedades de las que ellos o su familia hacen parte. En ningún momento debe darse la disculpa de que lo inmoral no es ilegal, o la de que el interés nacional, departamental o municipal está por encima de cualquier consideración de naturaleza ética. No se debe andar simplemente a la caza de los impedimentos legales para aterrizar en la conclusión de que el acto jurídico se pueda llevar a cabo porque el impedimento moral no está en la ley, ora en forma de inhabilidades, ora en forma de incompatibilidades. Por ello se enseña que las obligaciones que no pueden ser impuestas escapan a las leyes, pues se refieren a actitudes anteriores, a las verdaderas relaciones de persona a persona, a comportamientos éticos que los tratados jurídicos no pueden reglamentar, porque emanan de la sumisión personal a una ley interior, escrita en el

corazón del hombre. La moralidad, en otras palabras, no puede dibujarse en forma de ley". (Sentencia de abril 6 de 1989. Radicación 4156. Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.".)

-IV-

VISTA FISCAL

A folios 389 y siguientes del Cuaderno No. 1 obra en el concepto de fondo, rendido por la Fiscal Segundo de la Corporación, Dra EDNE COHEN DAZA, en el cual *OBSERVA*:

"Estudiado el expediente esta Agencia del Ministerio Público se permite observar lo siguiente:

"En el presente caso, es un hecho plenamente demostrado, que no era esta la primera vez que la Gobernación se ocupa de una licitación pública para la venta y distribución de licores de la Industria Licorera de Caldas en el Cesar. Su experiencia en la materia la llevaba a saber, que el objeto mismo del contrato implicaba una cuantía muy superior a los 12.000 salarios mínimos legales y que en consecuencia debía someterse a las máximas exigencias que la ley fiscal contempla. Más aún, de la sola cuantía de los impuestos que ordena la ley en estos casos y que se tuvo en cuenta para efecto de otorgar la garantía de seriedad de la propuesta, ya se podía estimar el valor de la licitación.

"Por otra parte no resulta válido el argumento de la Administración, cuando afirma que la cuantía de la licitación era imposible de determinar, pues el salario mínimo legal se fija anualmente mediante decreto y no puede alegarse su desconocimiento. Así para el año de 1988 regía el Decreto No. 2545/87 (Enero 2) en donde se estableció el salario mínimo legal diario en al suma de $854.58 para el período comprendido entre el 2 de Enero de 1988 y el 31 de diciembre del mismo año.

"Tenemos pues que si el Código Fiscal departamental establece en su art. 78 que las licitaciones cuya cuantía exceda de 12.000 salarios mínimos legales se debían someter al requisito de las cuatro (4) publicaciones, era muy simple realizar la operación aritmética para saber, que en el año de 1988 las licitaciones que fueran superiores a los $10.259.960 tenían que someterse a las exigencias del art. 78 del código fiscal.

"El art. 5o. de la ley 19/82 otorgó plena autonomía a los Departamentos y Municipios para establecer mediante normas fiscales lo relativo a la formación y celebración de sus contratos; acorde con lo anterior, el

Departamento del Cesar al expedir su código fiscal reguló lo relacionado con los procesos de contratación, normas que no pueden ser desconocidas por la propia administración.

"Los actos administrativos según lo establecido en el art. 84 del C.C.A. son nulos"....no sólo cuando dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos competentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera".

"Cuando un acto administrativo se dicte infringiendo lo anteriormente anotado, puede ser demandado para pedir su nulidad.

"En el presente caso no existe discusión respecto a la omisión de los requisitos previstos en el art. 78 del código fiscal del Departamento. El Demandante señala como argumento principal de la nulidad de la Resolución de adjudicación, precisamente la violación de esa norma. La Administración por su parte reconoce que no le dió aplicación. Por último la sentencia del Tribunal así lo reconoce. Luego entonces, sobre este punto no hay discordancia. La diferencia estriba entonces, en las consecuencias que se reconozcan a la falta de aplicación de las normas fiscales.

"Para este despacho, las normas que en materia de licitaciones públicas establece el código fiscal, deben ser de estricto cumplimiento, siendo la propia Administración la más obligada a someterse a ellas. Si su proceder no se ajustó a lo ordenado en la ley, como en el presente caso, el acto administrativo que puso fin al proceso de licitación está afectado de nulidad y así habrá de declararse.

"Teniendo en cuenta las pretensiones del Actor, esta Fiscalía considera, que únicamente habrá lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 003033 de octubre 7/88 por la cual se adjudicó la licitación pública No. DC-05-88, sin que pueda haber lugar al reconocimiento y pago de perjuicios, ni a considerar las condiciones de la oferta, por las siguientes razones:

"Se dijo ya, que el acto administrativo de adjudicación es nulo por vicios en el procedimiento de adjudicación; pues bien, esa declaratoria afecta a todos los interesados y ninguno puede prevalerse de ella para reclamar indemnización de perjuicios.

"Por otra parte si el proceso de adjudicación es nulo por lo indicado anteriormente, no es necesario entrar a examinar si el Actor tenía o no mejor derecho a la adjudicación del contrato, como se plantea en la

demanda, pues las faltas en que incurrió la Administración, no permitían realizar la adjudicación ni contratar, sino declarar desierta dicha licitación.

"Habiendo prosperado el argumento del Actor, en el sentido de considerar nulo el acto administrativo de adjudicación por irregularidades en el procedimiento de licitación, no es el caso de examinar si el Actor tenía o no derecho a que se le adjudicara el contrato, pues esto supone que se haya adelantado un procedimiento válido o regular hasta proferirse la Resolución de adjudicación y que esta Resolución se demanda por motivos de fondo.

"El demandante pudo fundar exclusivamente su pretensión en que tenía mejor derecho a la adjudicación, pero como alegó irregularidades o vicios en el procedimiento de adjudicación y éstos son fundados, la consecuencia lógica de toda la realidad procesal, es que solamente debe declararse la nulidad del acto acusado, sin que sea del caso condenar al pago de perjuicios.

"No pasa desapercibido a este despacho, lo contradictorio que resultan los fundamentos de las pretensiones del demandante, cuando por una parte alega la nulidad de la resolución por vicios en el procedimiento de licitación, y por otra parte alega la nulidad del mencionado acto por no haber reconocido la Administración que su propuesta era la mejor y en consecuencia tener un mejor derecho a la adjudicación.

"Por lo anteriormente expuesto, esta Fiscalía se permite solicitar a la Sala, se revoque la sentencia apelada y en su lugar se declare la nulidad de la Resolución No. 003033 de octubre 7/88 y se nieguen las demás pretensiones de la Sociedad Actora.

-V-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso quedaron debidamente probadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que por Resolución Nro 002488 de veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), la Gobernación del Cesar, ordenó la apertura de la licitación pública No. DC-05-88 para la introducción, distribución y comercialización de los productos de la Industria Licorera de Caldas en el Departamento del Cesar *para el día 14 de septiembre de 1988 a las 8:00 A.M. y fecha de cierre para el día 23 de Septiembre de 1988 a las 4:00 P.M.*; (subrayas de la Sala) (C 1, fol 5);

SEGUNDA: Que tanto el día tres (3) de Septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), como el ocho (8) de septiembre del mismo año, se hicieron sendas publicaciones en los diarios de circulación nacional, EL TIEMPO Y EL ESPECTADOR, en las cuales se anunciaba la apertura de la licitación; (C 1 fol 86 y ss.ss).

TERCERA: Que sólo las firmas AQUILES TREVISI & CIA LTDA Y DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR LIMITADA "DISCOSAR", presentaron oferta (C 1 fol 6);

CUARTA: Que el Consejo de Gobierno, en su sesión de treinta (30) de Septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), acogió la recomendación que para hacer la adjudicación le hizo la Comisión Evaluadora, eliminando la propuesta presentada por DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR LTDA y autorizando a la Gobernación del Departamento para hacer la adjudicación a la firma AQUILES TREVISI & CIA LTDA; (C 1, fol 12 y ss.ss.);

QUINTA: Que por Resolución Nro 003033 de siete (7) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), se adjudicó la licitación pública Nro DC-05-88 a la sociedad AQUILES TREVISI & CIA LTDA y se ordenó suscribir el contrato respectivo; (C 1, fol 3 y ss.);

SEXTA: Que el día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), se suscribió el referido actio jurídico, por un término de cuatro (4) años (C 1, fol. 136 y ss. ss.).

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del adicional que para la valoración de cada circunstancia sea menester apreciar, la Sala procede al examen de los ataques hechos al acto administrativo que se recoge en la Resolución Nro 003033 del 7 de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), los cuales se precisan tanto en el libelo inicial como en la adición que oportunamente se hizo al mismo. Para la mejor comprensión jurídica de este universo del conflicto de intereses, se transcribe a continuación lo pertinente. Bajo los rubros "DISPOSICIONES VIOLADAS" y "CONCEPTO DE LA VIOLACION", se lee:

> "Se estiman violados el inciso 2o del numeral 3 e igualmente el numeral 4 del artículo 78 (modificados por el 1o. del Decreto 000002 del 15 de enero de 1988) del Código Fiscal del Departamento (Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985) y el artículo 89, numeral 2, del mismo Código.....Se violó el inciso 2o del Numeral 3 del Artículo 78 (modificado) de la Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985 (Código Fiscal Departamental) por cuanto que siendo una Licitación que necesariamente excedía los 12.000 salarios mínimos debió preceder, previamente a la apertura de la licitación, la publicación de cuatro (4)

avisos, lo que obviamente no se hizo, e igualmente se violó el Numeral 4o del mismo Artículo 78 por cuanto que entre la fecha y hora de apertura de la Licitación DC-05-88 y la fecha y hora de su cierre no transcurrieron diez (10) días calendario completos, tal como se dejó claramente reseñado en los hechos de la demanda, con lo que obviamente se trasgredió, de paso, el artículo 89 (numeral 2) del mismo Código Fiscal del Departamento del Cesar porque es obvio que si la Licitación no se abrió y cerró en el término de ley, lo conducente era, frente a esa situación, declararla desierta, y como así no se hizo deviene, por consiguiente, la nulidad del acto administrativo de adjudicación (la Resolución No. 003033 del 7 de octubre de 1988".

En la adición de la demanda, que obra a folios 96 y siguientes del Cuaderno Nro 1, se dijo:

"El acápite "DISPOSICIONES VIOLADAS" se adiciona incluyendo, como norma violada, el artículo 81 de la Ordenanza 030 de noviembre 30 de 1985 (Código Fiscal Departamental). El intertítulo "CONCEPTO DE LA VIOLACION" se adiciona así:

"Se violó el artículo 81 de la Ordenanza 030 de Noviembre 30 de 1985 (Código Fiscal Departamental), ya aportada, por cuanto la parte demandada desconoció los criterios adecuados para adjudicar tal como el de la "solvencia económica" porque, comparadas ambas Propuestas (balance y estados de pérdidas y ganancias), claramente se refleja que la de mayor solvencia es DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR "DISCOSAR "LTDA, e igualmente que (último inciso de la norma citada) "en igualdad de condiciones, deberá preferirse la Propuesta que ofrezca mejor *precio*" y es obvio que la ahora parte demandante ofreció más de OCHOCIENTOS MILLONES ($800'000.000.00) por encima de la Propuesta de AQUILES TREVISI & CIA LTDA".

C) Para la Sala no hay espacio para la duda en el manejo de la realidad fáctica pues ella muestra que desde el momento mismo en que por Resolución Nro 002488 de 22 de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), se abrió la licitación pública No. DC-05-88, para la "....introducción, distribución y comercialización de los productos de la Industria Licorera de Caldas en el Departamento del Cesar...." se empezó a violar el Código Fiscal de este Departamento, que en su artículo 78, modificado por el Decreto 000002 de 15 de enero de 1988, dispone que: "Cuando la licitación fuere internacional o su cuantía excediere de 12.000 salarios mínimos legales, dentro de los 30 días calendario anteriores a su apertura, deberán publicarse cuando menos, cuatro (4) avisos con el mismo intervalo. El último aviso deberá ser publicado con antelación no inferior a cinco (5) días calendario a la apertura de la licitación. Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación".

Dados los volúmenes de productos que la Industria Licorera de Caldas, introdujo al Departamento del Cesar, durante los años de 1986, 1987 y 1988, certificados por la Jefe de Rentas de este Departamento (C 1 fol 152), y habida consideración del monto del salario mínimo vigente para este último año, que era de $25.637.40 mensuales, hecho que no podía desconocer la administración, pues él se fija todos los años por ley, el LLAMADO A LICITACION, que contiene el PEDIDO DE OFERTAS, no se hizo con la antelación de treinta (30) días que exige la normatividad local, pues entre el catorce (14) de septiembre de 1988 y el veintitrés (23) del mismo mes y año, sólo transcurren diez días calendario, lo que resulta abiertamente violatorio del artículo 78 del Código Fiscal. Este vacío legal dio lugar a otro, esto es, a que no se hiciera la publicación de los cuatro (4) avisos que manda la norma en antes citada, y a uno final, que permite afirmar que con antelación no inferior a cinco días calendario, no se hizo la última publicación ordenada por el Código Fiscal. En la perspectiva que se viene manejando, se impone concluir que tanto la administración como las dos firmas que presentaron propuestas, eran conscientes de que el monto de la licitación excedía 12.000 salarios mínimos, esto es, la cantidad de TRESCIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS ($307.648.800.oo), pues sólo así se explica que AQUILES TREVISI Y CIA LTDA hubiese presentado una garantía de seriedad de la propuesta, por un valor de CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS ($180.000.000.oo), equivalentes al 10% calculado sobre el valor máximo de los impuestos que correspondían al Departamento del Cesar, y que DISCOSAR hubiese hecho lo propio pero por cuantía mayor, esto es, por DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTIUN PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 258'895.121.oo) (Carpetas Propuestas. Fols. 88 y 38 en su orden). Es incuestionable que en el manejo de las circunstancias particulares del caso, la interpretación de la conducta humana resulta, en estos casos, de más interés, que la de la propia ley.

D) Para la Sala el llamado a licitación, es ni más ni menos, que un pedido de ofertas, que debe ser anunciado siempre en la forma prescrita en la ley, en el caso particular, en el Código Fiscal del Departamento del Cesar. La publicidad, en casos como el presente, es presupuesto fáctico esencial en el manejo del procedimiento administrativo, que tiene como fin querido la contratación, y, por lo mismo, no le es lícito a la administración buscar normas de cobertura para eludir su obligado cumplimiento. La importancia del mismo es destacada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, y el estatuto legal, en antes citado, le da todo su universo al disponer que "el representante legal del organismo respectivo ordenará su apertura por medio de resolución motivada". Igualmente, que la entidad interesada debe elaborar un pliego de condiciones que, "*.....además de lo que se considere necesario para identificar la licitación*....", debe contener en forma expresa y completa, toda la información que se enlista en los literales a), b), c), d), e), f),g), i), j),

k), l), ll), y m), del artículo 78 del Código Fiscal del Departamento. Sobre la materia que se viene estudiando, el Profesor José Roberto Dromi, enseña:

"206.- IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA PUBLICIDAD.- Todos los sistemas de publicidad (publicación, invitación y solicitud de ofertas), en los procedimientos de contratación administrativa, desempeñan un significativo papel jurídico, en particular por las consecuencias de esa clase que generan. Entre otras, consideremos:

"1. Con la publicación del llamado se inicia la fase sustancial de la licitación pública. (170).

"2. Hasta que el licitante publica el llamado los particulares no desempeñan ningún papel. Sólo al producirse la publicación los interesados pueden ser "partes" en el procedimiento, presentar sus ofertas y dar origen a relaciones jurídicas subjetivas, cada vez más específicas y crecientes hasta el acto final de adjudicación. [41].

"3. La publicación es un presupuesto jurídico esencial para hacer real y efectiva la "concurrencia" e "igualdad de tratos" que inspira la licitación pública (véanse 127, 128 y 129)[42].

"4. Su incumplimiento total o parcial provoca la nulidad de los actos preparatorios y del contrato que ulteriormente se celebrare. (Véase 207).

"207.- VICIOS.- El incumplimiento, o la publicación incompleta, confusa, deficiente o imprecisa, provocan la nulidad de los actos preparatorios de la voluntad contractual, por vicio de forma, y por supuesto del contrato mismo su fuere celebrado [43]. La apreciación de la irregularidad debe ser merituada en el caso concreto, para determinar la nulidad, anulabilidad o validez del procedimiento [44], en razón de la magnitud de incumplimiento o del grado de antijuridicidad.

"La publicación constituye una fase esencial del procedimiento, por cuanto es el medio de comunicación del licitante con los posibles oferentes. Si falta o no se efectúa debidamente, la concurrencia de postores desaparece o por lo menos se reduce a la mínima expresión. Siendo así, es evidente que la omisión de los anuncios o su publicación defectuosa vician el procedimiento, originando su nulidad o anulabilidad según la gravedad del vicio. Sin embargo, cuando el defecto en las publicaciones fuere irrelevante o insignificante, no bastará para invalidar la adjudicación [45] .

"En síntesis, el incumplimiento de la publicación provoca la nulidad de la licitación, y su publicación incompleta, confusa, deficiente, imprecisa,

por menor término que el legal, etc., vicia también el procedimiento, pero el grado de nulidad depende de la medida en que haya afectado de hecho y en el caso concreto la publicidad del acto [46]. (La Licitación Pública. Editorial Astrea -1985, págs. 241 y ss.ss.).

De la misma materia se ocupa Héctor Jorge Escola, en su obra Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen 1, Parte General. Ediciones Depalma, 1977, págs. 314 para predicar:

".....aún dentro del régimen de libre elección del cocontratante, es conveniente que toda contratación administrativa esté sujeta a un adecuado régimen de publicidad que *facilite un conveniente control de la opinión pública, al mismo tiempo que haga insospechable el preceder de los funcionarios públicos que han debido intervenir en una contratación realizada por administración pública.*

"Con razón se ha dicho que es de la esencia de las instituciones republicanas el carácter público de las actuaciones administrativas, al punto de que sólo por vía de excepción se justificaría un temperamento distinto."

Finalmente, el Profesor Manuel María Diez, al ocuparse del mismo tema, afirma:

"8. El anuncio de la licitación. La publicación. El llamado a licitación pública debe ser anunciado. Ha de tener, entonces, una publicidad previa, la que está destinada a suscitar la concurrencia de ofertas y a colocarlos sobre un pie de igualdad, permitiendo entonces a la Administración que elija entre muchas ofertas la que presente mejores condiciones. Por la publicidad se da a conocer un conjunto de actos de la Administración que inician y ordenan una selección de contratistas. Generalmente, en el aviso de licitación se indica a los interesados los elementos que van a servir de base al contrato, entre ellos, sobre todo, los pliegos de condiciones generales y especiales. *La legislación positiva de cada país establece la duración de la publicidad y su cumplimiento resulta ser una condición especial para la validez de la licitación*" (Manual de Derecho Administrativo. Tomo 1. Editorial Plus Ultra, pág. 301)...

E) A la luz de perspectiva jurídica que se deja analizada, es incuestionable para la Sala que el acto administrativo que se recoge en la Resolución Nro 003033 de siete (7) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), es nulo, habida consideración de que su contenido viola lo preceptuado en el artículo 78 del Código Fiscal del Departamento del Cesar, como ya se destacó en antes. En esta materia también la jurisprudencia y la doctrina se muestran firmes en predicar que el incumplimiento de las formalidades establecidas en

la ley para la apertura de la licitación, o la publicación incompleta, deficiente o imprecisa, provocan la nulidad. Así, el Profesor Escola, en la obra ya citada, recuerda:

"73.- Vicios en los procedimientos para la elección del cocontratante particular.

"Después de lo expuesto en el parágrafo anterior, va de suyo que si la legislación administrativa vigente ha fijado el procedimiento que en determinados casos debe seguirse, para la elección del cocontratante particular, la administración pública debe respetar y cumplir tales procedimientos, ya que si no lo hace el contrato celebrado con arreglo a un procedimiento irregular estaría viciado por violación de la forma establecida. [54] .

"Dos situaciones distintas pueden producirse, en este sentido, con efectos que son también diversos.

"Puede ocurrir, en primer lugar, que la administración pública llegue a la celebración de un contrato, *omitiendo totalmente el cumplimiento del procedimiento de selección del cocontratante particular* específicamente determinado para el caso por la ley. Esta disponía, por ejemplo, que debía llevarse a cabo una licitación pública, y la contratación se hizo siguiendo el sistema de libre elección, o por cualquiera de los otros sistemas de restricción que ya conocemos, por ejemplo, concurso, remate público, etc.

"En este caso, y teniendo en cuenta que todos los procedimientos especialmente determinados son impuestos en mira del interés público y que éste debe prevalecer, el incumplimiento total de las formas procedimentales prescritas invalidará de manera absoluta el contrato así celebrado, que no tendrá validez jurídica, habiéndose sostenido que en tal supuesto esa invalidez puede ser alegada por la misma administración pública, por los contratantes particulares y por los terceros interesados, aun cuando algunos efectos podrían producirse como la actio *in rem verso* de los particulares afectados [55] .

"No son aceptables, a nuestro juicio, las opiniones de ciertos autores que han sostenido que la omisión de la forma prescrita no invalida el contrato, dando lugar simplemente a responsabilidades administrativas o que le otorgan el carácter de una nulidad relativa y que sería, por consiguiente , corregible [56]

"Ese predominio del interés público, en cuya mira son establecidas las distintas formas de selección del cocontratante particular, impone que los contratos celebrados con total violación de los procedimientos fijados,

por omisión completa de éstos, queden afectados por una invalidez absoluta, insalvable, y que debe originar la caída del contrato concertado de esa manera.

"Puede ocurrir, también, que la administración pública haya adoptado el procedimiento de selección ordenado por la legislación administrativa vigente, pero que al llevarlo a cabo haya incurrido en distintos defectos que impliquen un incumplimiento parcial de las formas procedimentales prescritas.

"Garrido Falla ha sostenido que en estas condiciones, habiendo vicio en el trámite, se generará una anulabilidad o nulidad relativa, con los efectos que ella tiene en el derecho administrativo [57].

"Pensamos que esta conclusión no puede aceptarse con un valor absoluto, sino que cada caso, al contrario, habrá de ser considerado especialmente, teniendo en cuenta cuál es la violación en que se ha incurrido, y la trascendencia que el vicio producido habrá de tener dentro del procedimiento desarrollado.

"Si el incumplimiento se refiere a formalidades que son esenciales dentro del sistema de selección del cocontratante particular prescrito por la ley, *el vicio en el trámite originará una nulidad absoluta, porque faltando ese recaudo*, existiendo esa omisión, puede entenderse que se está en una situación similar a la que se produce cuando ha existido incumplimiento total de la forma procedimental exigida, ya que si bien en apariencia ésta se ha cumplido, en realidad se la ha suprimido.

"Si el incumplimiento, al contrario, se refiere sólo a formalidades que no son esenciales dentro del sistema de selección que debe adoptarse, entonces sí ese vicio podrá generar una anulabilidad o nulidad relativa, y aun puede sostenerse, con buen criterio, que *si la trasgresión fuere irrelevante no habrá de generar ningún efecto, pudiendo considerarse el contrato, en este último caso*, como regular y perfectamente válido, ya que no habría razón en disponer otra cosa. ".(Subrayas de la Sala)

Para la Sala es incuestionable que en el caso en comento las transgresiones de la Administración del Departamento del Cesar hizo del Código Fiscal del Departamento no fueron irrelevantes sino graves, pues en el fondo no hizo cosa distinta a omitir el procedimiento de selección del cocontratante particular. Nadie puede poner en duda que si se hubiese hecho uso del término de treinta días calendario para hacer la publicidad, en la forma ordenada por el ordenamiento positivo local, era posible que otras personas o firmas hubiesen presentado también ofertas. Transitando por el camino de buscar la norma de cobertura para eludir la ley, se incurrió es FRAUDE de ésta, y de contera, no se actuó de BUENA FE. El profesor Jesús González Pérez, al estudiar

esta materia afirma: "Ciertamente, el que trata de burlar una norma amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, no actúa de buena fe.....El fraude existe siempre que para eludir la aplicación de una norma se realiza un acto de amparo de otra distinta, "persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él". Bien entendido que el fraude existe siempre que la ley de cobertura no confiera una protección completa y perfecta para el que se ampara en ella'. (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, pág. 24).

En el *sub-lite* la Administración del Departamento del Cesar manejó la situación pre-contractual con la filosofía que se recoge en el numeral 4o. del Artículo 78 del Código Fiscal, que señala el plazo de la licitación en diez días, desentendiéndose sin causa, motivo o razón aceptables, del monto de la licitación que excedía los doce mil salarios mínimos, conducta censurable e inaceptable, habida consideración de que en su poder reposaba toda la información relacionada con los productos de la Industria Licorera de Caldas, introducidos al Departamento del Cesar, durante los años 1986, 1987 y 1988, que le permitían fácilmente precisar el alcance económico de la licitación. El manejo y cumplimiento de la ley demanda, como en antes se dijo, un análisis de conducta, pues sólo así es posible enfrentar la que es confusa, equívoca o maliciosa. El profesor González Pérez, en antes citado, destaca que: "La lealtad en el comportamiento de las partes en la fase previa a la constitución de las relaciones, obliga a una *CONDUCTA CLARA, INEQUIVOCA, VERAZ.* Por lo que se rechaza cualquier pretensión que se base en la propia conducta confusa, equívoca o maliciosa. Es lo que en Derecho alemán se ha llamado "EXCEPCION DE ADQUISICIÓN DE UN DERECHO DE MALA FE" o de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho cuando la posición jurídica alegada ha sido creada mediante una conducta ilegal: solamente la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica: "(Obra citada, pág. 81).

Por las razones que se dejan expuestas, la Sala despachará favorablemente la primera pretensión de la demanda.

F) Ya se destacó en antes, al citar al Profesor Escola, que el predominio del interés público, impone que los contratos administrativos celebrados con violación sustancial de los procedimientos fijados en la ley para seleccionar al contratista, son nulos, de nulidad absoluta, tesis que tradicionalmente ha sido prohijada por el Consejo de Estado y que en el caso en comento, encuentra apoyo normativo en lo preceptuado en el artículo 93 del Código Fiscal del Departamento del Cesar, que sobre el particular preceptúa.:

> "ARTICULO 93. Causales de nulidad absoluta. Además de los casos previstos en la disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente Código son absolutamente nulos.

"a)....b) Cuando contravengan normas de derecho público.....PARAGRAFO. Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes".

Frente a la verdad jurídica y fáctica que se deja estudiada, la Sala decretara oficiosamente la nulidad absoluta del contrato Nro. 044, suscrito el día veintiuno (21) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), entre el Departamento del Cesar y la firma AQUILES TREVISI & CIA LTDA. Para tomar tal decisión no encuentra obstáculo jurídico sustancial ni de forma, pues el referido acto jurídico obra dentro del proceso y a éste concurren las partes que lo suscribieron. Por lo demás, la causal de nulidad aparece en el *sub-lite* como MANIFIESTA, esto es, OSTENSIBLE, EVIDENTE, lo que explica que el sentenciador no tenga que ocurrir a otros actos o medios probatorios para llegar a esa verdad jurídica. Al tomar esta decisión, la magistratura cumple a cabalidad con los deberes que le impone la ley.

Sobre el particular el Dr. Guillermo Ospina Fernández, enseña:

"527. La declaración oficiosa de la nulidad absoluta. Rechazada de la teoría de las nulidades de pleno derecho y prescrita, en su lugar, la necesidad de la declaración judicial, cualquiera que sea la causal de invalidez de los actos jurídicos, el art. 1742 del Código, hoy subrogado por el art. 2o. de la ley 50 de 1936, *estableció no solamente la facultad, SINO EL DEBER DE LOS JUECES DE HACER TAL DECLARACION DE OFICIO EN TODAS LAS HIPOTESIS SANCIONADAS CON LA NULIDAD ABSOLUTA*, así: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato".

"Consagra así la ley una importante excepción a los principios DISPOSITIVO Y ACUSATORIO que predominan en el derecho procesal civil clásico latino. según los cuales la potestad decisoria de los jueces debe ceñirse a las pretensiones de las partes litigantes (litis contestatio), so pena de incurrir en los vicios de extra petitum o ultra petitum. Con otras palabras: en el mencionado sistema la actuación jurisdiccional desempeña un papel pasivo y subordinado a la iniciativa de los litigantes en la especie sub judice.

"La precitada determinación legal era de necesidad imperiosa, porque al delegar el legislador en los jueces el pronunciamiento de las nulidades, *no podía dejar a merced de los particulares el promover o no la impugnación de los actos violatorios de las leyes imperativas, del orden público, o de las buenas costumbres, como son los actos con objeto o*

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

causa ilícitos" (Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial Temis. 1983, págs. 460 y ss.ss.) (Subrayas de la Sala).

Que el Consejo de Estado en el manejo de toda la problemática relacionada con la nulidad absoluta no se ha mostrando tímido o vacilante para declarar de oficio la nulidad absoluta lo acredita el fallo de primero (1o.) de febrero de mil novecientos setenta y nueve (1979), Expediente Nro 2199, Actor Alberto Carbonell Quintero, Consejero Dr. Jorge Dangond Flórez, en el cual se lee:

"Los principios del derecho civil en materia de nulidad, adaptados al administrativo mediante el examen metódico de las especiales características de éste y la previa aceptación de la prevalecía de los intereses públicos sobre los privados, permite, sin duda, la aplicación de las normas pertinentes del Código Civil. Como expresó Portalis, "toda la legislación constituye, en último análisis, una unidad y, por consiguiente, recíprocas y necesarias relaciones vinculan a todas entre sí cualquiera sea la materia de que traten. No hay ninguna cuestión de orden privativo en cuya consideración no se inmiscuyan, en mayor o menor grado, temas atinentes a la administración pública, y, por igual, ninguna materia de naturaleza pública escapa por entero al influjo de aquellos principios de justicia distributiva que norman las distintas manifestaciones de los intereses privados" (Jean - Etienne Portalis-Discurso preliminar sobre proyecto de Código Civil Francés presentado el 1o. de Pluvioso del año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular Ed. U. Javeriana, Bogotá, 1974, pág. 24).

"Nuestro Código Civil - réplica del chileno, que a su vez se inspiró en el francés-, comprende, según su artículo primero, las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones pero también advierte, en el artículo segundo, que son aplicables en los asuntos de la competencia del Gobierno general con arreglo a la Constitución, y en los civiles comunes de los habitantes de los territorios que él administra.

"La noción de *nulidad absoluta*, regulada en el Código Civil, no puede ser subestimada en el ámbito del derecho que rige las relaciones entre la administración y los particulares, y las consecuencias establecidas en el mencionado estatuto deben ser reconocidas, no obstante las modalidades propias del acto administrativo y a pesar de la supuesta legitimidad que, como privilegio especial, lo ampara hasta cierto punto, y de la ejecutoriedad.

"La afirmación doctrinaria de que es lógica la conjetura de legitimidad por cuanto el acto administrativo emana de una autoridad pública con

obligación de respetar la ley, porque es obra de un funcionario seleccionado y desinteresado, que debe observar, comúnmente, determinadas formas y porque, antes de ser eficaz, está supeditado a una serie de controles por parte de distintos organismos, según anotación de María Rivalta citado por Miguel Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo- Buenos Aires, 1966, Tomo II, pág. 370), no parece razón suficiente para excluir la posibilidad del reconocimiento espontáneo de su contrariedad con el ordenamiento jurídico, cuando es manifiesta; de la declaración expresa de ilegitimidad por quiebra ostensible de la presunción y, en consecuencia, de la ineficacia para producir los efectos que corresponden a la manifestación regular de la voluntad del ente público pues, como dice el mismo Marienhoff, el acto administrativo se presume válido pero "en tanto no se trate de una nulidad manifiesta; lo contrario importaría una aptitud absurda, inconcebible en un jurista, quien no puede presumir la perfección de un acto cuya invalidez surja a la vista, revelada al jurista por sus conocimientos del derecho y por el contenido del acto. Las soluciones que se adopten en derecho administrativo tienen que armonizar con la lógica, con la sensatez, pues esa rama jurídica pertenece a un mundo real, no a un mundo de fantasía que permita adoptar soluciones reñidas con el buen sentido" (Op. cit. págs. 468-469).

"Así, por ejemplo, no es posible la indiferencia ante el pronunciamiento de un órgano que carece por completo de competencia porque el acto resulta absolutamente viciado por falta de un elemento esencial, es inaceptable la tolerancia cuando la administración pretende, con su actividad, alcanzar un fin en desacuerdo con el interés general porque "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación", como lo estatuye el artículo 1519 del Código Civil, y porque la nulidad producida por un objeto o causa ilícita o por omisión de algún requisito o formalidad es absoluta, según el artículo 1741 ibídem. Y es imposible desconocer, en el campo del derecho administrativo, el contenido y alcance general del artículo 2o. de la ley 50 de 1936: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse, por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

"Conviene repasar los antecedentes de la disposición transcrita: El artículo 1742 del Código Civil, sancionado el 26 de mayo de 1873 y adoptado por la Ley 57 de 1887, que era igual al artículo 1683 del chileno proyectado por don Andrés Bello, fue modificado por el artículo 90 de la Ley 153 de 1887 en el sentido de suprimir la facultad concedida a los

jueces para declarar, de oficio, la nulidad absoluta. Pero convencido el legislador, posteriormente, del error cometido con la modificación, resolvió restablecer la doctrina del artículo 1742 del Código y al efecto dispuso en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, *excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba*; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años". Como se ve, esta norma volvió al sistema anterior que, a parte de establecer la declaración judicial oficiosa de la nulidad absoluta, reconocía la acción a los interesados y al Ministerio Público, pero exceptuaba a quien había ejecutado el acto o celebrado el contrato con conocimiento o con la obligación de conocer el vicio que lo invalidaba. Sin embargo, esa excepción impuesta por la ley, como pena por la infracción del orden jurídico, no se aplicaba a la Nación de acuerdo con la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "Es claro e indudable que tratándose de personas de derecho público, como la Nación, el Departamento y el Municipio, no lo es aplicable a éstas la prohibición consagrada en esa norma, no sólo porque ella en realidad implica una sanción de carácter personal destinada a garantizar el fiel cumplimiento de las formalidades y requisitos legales en la esfera de las relaciones privadas, sino porque tales entidades estatales son incapaces de proceder con dolo, es decir, toda especie de astucia, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro. El origen y el carácter del Estado, sus naturales funciones y sus fines lo colocan en un plano donde no es posible presumir que actúe con animus nocendi". (G. J. Tomo XLVI, No. 1934, pág. 229). Y en el año de 1935, con ponencia del magistrado Eduardo Zuleta Angel, la misma Corporación amplió sus anteriores conceptos: "Cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato tal nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, haya sido o no alegada por las partes y bien sea que la parte que la alega tuviera o no derecho para hacerlo, pues la sanción de la nulidad absoluta obedece a razones de interés general y tiene por objeto asegurar el respeto de disposiciones de orden público, por lo cual el texto legal que señala las condiciones en que ellas deben ser declaradas debe ser interpretado con la mayor amplitud posible.- Cuando en el acto o contrato no aparece de manifiesto, no puede ser declarada por el juez, haya sido alegada por una de las partes, si esa parte que la alega no tiene interés en ello o ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Pero cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, el juez no podría abstenerse de declararla por el hecho de haber sido alegada por quien ejecutó el acto o celebró el contrato, pues sería ésta una peregrina manera de sanear las nulidades absolutas, bastaría

para ello que quien celebró el contrato a sabiendas del vicio alegara la nulidad para que quedara en firme". (G.J. Tomo XLII, No. 1899, pág. 372).

"Sin duda, esa decisión de la Corte Suprema impulsó al legislador a modificar el artículo 15. de la Ley 95 de 1890, por medio del artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, para suprimir del texto la disposición: *excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba*. De manera que, desde la última reforma, desapareció esta excepción y la Corte Suprema pudo reiterar, con clarísimo fundamento legal, que el poder otorgado al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta sólo está condicionado por el conjunto de tres circunstancias; "1o. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí sólo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2o. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes, y 3o. Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (G. J. Tomos XLVII, No. 1940, pág. 66; LX, pág. 363; LXXII, pág. 125; LXIII, pág. 395).

"A las exigencias puntualizadas se puede agregar, otra que la Corte omitió tal vez por considerarla obvia: la competencia del juez para declarar la nulidad del acto o contrato".

G) Haciendo uso de la facultad de ACONSEJAR a la administración , que el Profesor Agustín Gordillo reivindica para el juez administrativo, en su obra "Problemas de Control de la Administración Pública en América Latina". Editorial Civitas, pág. 49) se recuerda a los funcionarios al servicio del Estado, que es política dañina, que afecta al patrimonio de los entes que gobiernan, la de eludir la aplicación de la normatividad vigente, buscando normas de cobertura, para contratar a marchas forzadas con centros de imputación jurídica, con los cuales se manejan facetas subliminales. El Código Fiscal del Cesar es estatuto serio, ordenado y sus disposiciones se orientan a la consecusión de los mejores fines. Pero si los funcionarios encargados de hacerlo cumplir dejan la vía abierta para la violación de sus normas, y patrocinan con su conducta negligente o desganada el resultado antijurídico, el Departamento puede ser en el futuro sujeto pasivo de condenas, que por su monto pueden comprometer el estado de sus finanzas. Si en el presente caso sale bien librado, por este aspecto, es por motivos completamente ajenos a su accionar, como se precisará más adelante. El funcionario público debe saber que los problemas que la contratación administrativa genera, no nacen por

ausencia de ley, o por deficiencia de ésta, sino por falta de buenos administradores, que comprendan, además, que el patrimonio que administran no les pertenece ni a ellos ni a las personas a las cuales les dispensan sus mejores afectos. El dinero con el cual se pagan las condenas pertenece a LA COMUNIDAD, y es ésta la que en definitiva la sufre, o padece. Es de lamentar que ciertos funcionarios públicos, que se muestran celosos por tener buenos códigos departamentales, y con tal fin nombran excelentes comisiones redactoras, no experimenten igualmente la necesidad de someter su conducta a sus preceptos. Transitando por este sendero la comunidad pierde el valor ético de la confianza, lo que necesariamente demanda de la magistratura una posición radical y firme para sancionar los vicios, aunque el resultado benéfico se produzca con tardanza, habida consideración de la carga de trabajo que impide que la sanción sea más oportuna en el tiempo físico.

H) En el punto segundo de las PRETENSIONES el apoderado de la parte actora solicita que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado, se condene "....al Departamento del Cesar a pagar a la demandante DISTRIBUIDORA COMERCIAL DEL CESAR "DISCOSAR" LTDA, los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante). En la adición a la demanda impetra que: "Consiguientemente se condena (sic) a la parte demandada a pagar a la parte demandante la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTIUN PESOS ($258'895.121.oo) debidamente actualizada con base en los índices de precios certificados por el DANE, por concepto de perjuicios, más los intereses (al 6% anual) causados desde la fecha en que debió iniciarse el contrato (octubre de 1988) hasta la fecha en que quede ejectutoriado este fallo. Igualmente y por concepto de perjuicios materiales (en la modalidad de daño emergente) se condena (sic) a la parte demandada a pagar a la parte demandante la suma de NOVECIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS ($ 923.735.oo) que es el valor de los gastos que el demandante relacionó en el acápite o intertítulo de la demanda denominado "SUSPENSION PROVISIONAL".

La pretensión que se recoge a través de la literatura anterior será despachada negativamente, pues resultaría inusitado, a la luz de la ley y el derecho, que los vicios censurados a la contratación en este proceso, desaparecieran, como por encanto, si el negocio jurídico se hubiese concretado con la firma demandante. Bendecir este resultado sería manejar vivencias de contradicción. Estas se dan, enseña el maestro Carlos Cossio, "....cuando mi arbitrio pone en el substrato, un sentido diferente de aquel que a mi conciencia comprende como el sentido propio del substrato...."

La ocasión se muestra propia para reiterar las pautas jurisprudenciales que sobre la materia fijó la Sala en sentencia de siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), Expedientes Acumulados Nos.- 3.528 y

3.529. Actores Francisco Eladio Gómez Mejía y otros. Consejero Ponente, Dr Carlos Betancur Jaramillo, donde se dijo:

"Muestran las demandas analizadas que los actores pretenden la nulidad del acto de adjudicación por razones tanto de ilegalidad como de expedición en forma irregular, y como consecuencia, restablecimiento de derechos diverso.

"La Sala estima que debe hacer una precisión a este respecto.

"Ordinariamente el licitante vencido pide la nulidad del acto de adjudicación por cuanto considera que su oferta era la más adecuada para la administración y busca por todos los medios probar esa circunstancia; en otras palabras, que la adjudicación se hizo en cabeza de quien no presentó la propuesta más favorable y que la suya sí lo era.

"En tales condiciones, el debate procesal gira en torno a la calificación final hecha por la administración, en la selección misma, y no en la forma como se desarrolló el procedimiento licitatorio. Implícitamente al circunscribir el debate sólo a ese extremo, se está aceptando la regularidad y legalidad del procedimiento previo a la selección misma.

"Lo precedente permite entender porqué el licitante vencido, que se crea en condiciones de demostrar que su propuesta era más favorable para la administración que la del favorecido con la adjudicación, pueda pedir, además de la nulidad de ésta, que se le indemnice en forma equivalente a lo que habría ganado si hubiera ejecutado el contrato. Teóricamente es como si ese licitante pidiera la celebración del contrato con él. Se dice teóricamente porque, en principio, la jurisdicción no puede imponerle a la administración la obligación (de hacer) de celebrar un contrato con quien no quiere.

"Pero un licitante vencido puede pedir la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente o con pretermisión de las formalidades legales. En este evento no puede pretender que, como consecuencia de esa nulidad, se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación; porque y esto es obvio, la nulidad del procedimiento afectaría a todos los partícipes en la licitación por igual y no sólo a los favorecidos con ella.

"De allí que en eventos como el analizado la indemnización posible, en principio, no puede consistir sino en los perjuicios que ese procedimiento irregular le irrogó al demandante. Perjuicios que en el fondo podrían no ser otros que los gastos que debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular.".

La jurisprudencia anterior sólo amerita un ajuste conceptual en el sentido de que, en casos como el presente, ni siquiera es viable una condena al pago de los gastos que el proponente debió efectuar para participar en la licitación, pues ellos son el costo de la oportunidad que se tiene para intervenir en la misma. La Sala, reiteradamente ha negado ese reconocimiento al licitante vencido, en los procesos licitatorios ajustados a la ley, y no encuentra ahora una buena razón para cambiar de perspectiva jurídica frente a una licitación viciada desde el momento mismo en que se puso en marcha. Los reparos al proceso licitatorio, que el demandante hace en el *libelo*, los ha debido tener también desde el momento mismo en que decidió participar en la licitación, sin que le sea posible alegar ignorancia de la ley, en ese momento en el tiempo físico, pues ella, para el caso en comento, no le serviría de excusa. Agrégase a todo lo anterior que su conducta también dió lugar a que se adjudicara el contrato a la firma AQUILES TREVISI & CIA LTDA pues en el PLIEGO DE CONDICIONES (C 1, fol 216), claramente se dijo que para que la licitación no fuera declarada desierta se exigía como mínimo la participación de dos proponentes. El acervo probatorio acredita que solo la firma demandante, y la beneficiada con el contrato, se hicieron presentes en el proceso licitatorio. El actor, con su conducta CONFUSA, EQUIVOCA o MALICIOSA, contribuyó a bendecir al adefesio jurídico y ello explica que ahora no pueda alegar en su favor, para demandar el pago de los perjuicios comentados, su propia torpeza. En esta materia no puede olvidarse que el artículo 87 del Decreto 01 de 1984, permitía aun a terceros, controlar los actos separables por medio de las otras acciones previstas en el referido estatuto,, entre las cuales la de simple nulidad tenía y tiene acentuada importancia, para la defensa de la legalidad misma. Lo que no tolera la ley y el derecho es que los ciudadanos se acomoden a la ilegalidad, con el buen deseo de sacar provecho de ella, pero si el resultado deseado no se da, optar por cambiar de rumbo para pregonar el imperio de la misma.-

Proceder así es ir en contravía del principio general de la buena fe, que es exigible en los actos jurídicos, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones. Por ello el profesor Diez Picazo enseña que las personas deben "....adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituídas entre ellas. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas la relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones deben cumplirse de buena fe (Cita tomada de la obra el Principio General de la Buena Fe, Jesús González Pérez, Editorial Civitas. pág. 26).

I) Como es posible que los funcionarios al servicio de la administración, al poner en marcha, en forma ilegal, el proceso de licitación, hayan incurrido en conductas que deban ser investigadas por la Procuraduría General de la

Nación, se dispondrá que copia de esta sentencia se envíe a ese despacho para los fines del caso.

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

FALLA:

1-) REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el día veintitrés (23) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del proceso del rubro, y, en su lugar RESUELVE:

PRIMERO: Decrétase la nulidad de la RESOLUCION Nro 003033 de siete (7) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por medio de la cual la Gobernadora del Departamento del Cesar adjudicó la Licitación Pública Nro DC-05-88 para la introducción, distribución y comercialización de los productos de la Industria Licorera de Caldas en el Departamento del Cesar a la firma AQUILES TREVISI & CIA LTDA., por las razones dadas en lo considerandos de este proveído;

SEGUNDO. Declárese ABSOLUTAMENTE NULO el Contrato No. 044, suscrito el día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por la Gobernadora del Departamento del Cesar y el representante de la firma AQUILES TREVISI & CIA LTDA, en virtud del cual el Departamento del Cesar delegó en esta última firma las operaciones de compra de los licores de la Industria Licorera de Caldas para el Departamento del Cesar, comprometiéndose a introducir, distribuir y vender los licores que produce la Industria Licorera de Caldas, por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

TERCERO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

2-) Envíese copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación para los fines indicados en los considerandos de este proveído.

3-) Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Julio Cesar Uribe Acosta,*

Arturo Mora Villate, Secretario.

ACUMULACION DE PROCESOS - Procedencia

En los procesos declarativos cabe la acumulación en los siguientes casos, que a su vez indican las diversas clases de acumulación posibles: a) la de procesos conexos por la causa o por el objeto; b) la de procesos en los cuales las varias pretensiones pudieran haberse acumulado en una misma demanda; c) la de procesos que tengan unidad de partes; e) la de procesos en que el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas, que no sean previas, se funden en los mismos hechos. En todo caso se requiere que el Juez sea competente para conocer de los procesos que se acumulan aun cuando no sea así por el factor territorial, pero pudiendo acumularse pretensiones y procesos de menor cuantía a otros de mayor cuantía. Salvo este último caso, se requiere que los procesos que se acumulen, como también sucede con las pretensiones, que se acumulen, deben poderse tramitar por el mismo procedimiento. Lo anterior que rige para el procedimiento civil, se aplica también para los procedimientos contencioso-administrativos, salvo los electorales.

Lo dispuesto por el artículo 149 del C. de P.C. hay que entenderlo en el sentido de que lo que no puede tener viabilidad es la acumulación de procesos en caso de que alguno esté en segunda instancia y no cuando ambos están en primera o en primera y única instancia.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera

Bogotá, D.E. Julio cinco (5) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Gustavo De Greiff Restrepo*

Referencia: Expediente Nº. 6040 Actor : Elda Luz Orrego Agudelo y O.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto proferido el 22 de Septiembre de 1.989 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, no accediendo a la acumulación pedida del proceso 21.772 al de la referencia. (fls. 236 a 239, Exp. 19.786).

Para resolver, se considera:

1º. Los dos procesos mencionados tienen igual parte demandada, por lo cual, en principio la acumulación pretendida podría ser viable.

2º. Sin embargo, ocurre que en el proceso 21.772 que se refiere a demanda de María Helena Roldán Roldán, Doralba Posada Roldán y Omar Antonio Posada Roldán contra la Nación-Ministerio de Obras Públicas, Instituto Nacional del Transporte y Fondo Vial Nacional, en el petitum se pidió la declaración de responsabilidad solidaria de los entes demandados y su consecuencial condena al pago de perjuicios morales por el equivalente en pesos de un mil gramos oro para cada uno de los actores y al pago de perjuicios materiales por el valor de los honorarios que deben pagarle a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos. En el capítulo titulado "Cuantía" se repitió que la pretensión de indemnización se refería a los pagos citados y se razonó que a la fecha de la demanda "mil gramos oro están valiendo ... no menos de dos millones seiscientos mil pesos y lo que valen los honorarios de los abogados es cuanto menos el 20% del valor de los daños reclamados ...", para concluir, entonces, que "el valor de cada una de las pretensiones de los varios sujetos demandantes asciende a tres millones de pesos" (fls. 7 a 15).

3º. En el proceso 19.786 en el cual aparecen como demandantes Elda Luz Orrego Agudelo en su propio nombre y en representación de las menores Beatriz Elena y Bibiana Farley se demanda a las mismas entidades y se solicita se les condene al pago de perjuicios materiales y morales, los primeros "en cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso" y los segundos en "el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia, según los artículos 106 del C. Penal y 8º de la ley 153 de 1.887". Y luego, en el capítulo titulado "Cuantía" se dijo que los demandantes pretenden "el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de cuatro mil gramos de oro fino, para cada uno, como indemnización de los daños y perjuicios materiales, con fundamento en los artículos 107 del C.P. y 8º. de la ley 153 de 1.887 ...", advirtiendo que "el gramo de oro está valiendo más de mil pesos ...".

Enseguida se explica que la víctima de los hechos por los cuales se reclama la declaración de responsabilidad de los entes demandados se ganaba $40.000.00 mensuales y tenía una probabilidad de vida de 50 años más, por

lo cual la indemnización que correspondería a la viuda demandante sería de $2´837.134.00 del 2 de Diciembre de 1984.

4°. Teniendo en cuenta lo anterior el Tribunal *a-quo* consideró que el proceso 21.772 era de única instancia y el 19786 era de dos instancias por lo cual, de acuerdo con el art. 149 del Código de Procedimiento Civil no procedía la acumulación, pues este exige que los procesos se encuentren en la misma instancia, significando, entonces, implícitamente, que en el caso de autos los procesos no cumplen con este requisito por estar el uno en primera instancia y el otro en única instancia.

5°. No comparte la Sala lo decidido por el a-quo porque tanto la acumulación de procesos como la de pretensiones tienen como fundamento esencial evitar la proliferación de procesos, que no se formen dos o más contenciones sobre derechos que puedan y deban decidirse en una sola y evitar la posibilidad de fallos discordantes sobre una misma materia. (H. Morales Molina, curso de Derecho Procesal Civil, Ed. A.B.C., Bogotá, 1.985, N°. 394).

Por esa similitud en el fundamento, las pretensiones que pueden acumularse en una misma demanda deben poder acumularse posteriormente, si han tratado de hacerse valer en procesos separados.

En procesos declarativos cabe la acumulación en los siguientes casos, que a su vez indican las diversas clases de acumulación posibles:

a) La de procesos conexos por la causa o por el objeto;

b) La de procesos en los cuales las pretensiones tengan entre sí relación de dependencia o similitud, o, en otras palabras, que las varias pretensiones pudieran haberse acumulado en una misma demanda;

c) La de procesos que deban servirse de las mismas pruebas por parte del demandante;

d) La de procesos que tengan unidad de partes;

e) La de procesos en que el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas, que no sean previas, se funden en los mismos hechos. (Arts. 82 y 149 del C. de P.C.).

En todo caso se requiere que el Juez sea competente para conocer de los procesos que se acumulan aun cuando no sea así por el factor territorial, pero pudiendo acumularse pretensiones y procesos de menor cuantía a otros de mayor cuantía. Salvo este último caso, se requiere que los procesos que se

acumulen, como también sucede con las pretensiones, que se acumulen, deben poderse tramitar por el mismo procedimiento.

Lo anterior, que rige para el procedimiento civil, se aplica también para los procedimientos contencioso-administrativos, pues en cuanto a estos, salvo tratándose de los electorales, no existen normas que expresamente regulen a esta institución de la acumulación de procesos o pretensiones.

El *a-quo* considera que no procede en el *sub-lite* la acumulación de los dos procesos porque no se encuentran en la misma instancia. Aun cuando esto no lo dijo expresamente sí se deduce que este fué su pensamiento pues transcribió el artículo 149 del C. de P.C. subrayando la parte que habla del requisito de encontrarse los procesos que se pretende acumular en la misma instancia y luego hizo consideraciones acerca de por qué el proceso que corresponde al expediente N°. 21.772 es de única instancia y el segundo de dos instancias.

Pero en lo que se equivocó fue, para la Sala, en que no tuvo en cuenta que el requisito guarda íntima relación con la exigencia, que también existe para la acumulación de pretensiones, en el sentido de que éstas o los procesos se puedan tramitar por el mismo procedimiento, circunstancia que también puede darse cuando se trata de pretensiones de mayor o menor cuantía en la terminología del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso sí es posible su acumulación. Y si lo es (art. 82-1 del C. de P.C.) en tratándose de éstas, debe serlo también para el caso de procesos, visto como está que ambas instituciones tienen un mismo fundamento, por lo que, en sentir de la Sala, lo dispuesto por el artículo 149 del C. de P.C. hay que entenderlo en el sentido de que lo que no puede tener viabilidad es la acumulación de procesos en caso de que alguno esté en segunda instancia y no cuando ambos estén en primera o en primera y única instancia.

Podría alegarse que de aceptar la posibilidad de acumulación de procesos en casos como este se varía el procedimiento que corresponde al proceso de única instancia, a lo que habría que contestar afirmativamente y agregarse que ello no va contra la ley porque precisamente ésta es la que ha autorizado que procesos de menor cuantía se acumulen con procesos de mayor cuantía, siendo posible - y se esta viendo aquí - que los primeros sean de única instancia y los segundos de dos. Si hay pues, un cambio de procedimiento ello será no contra legem sino *secundm legem*.

Sería absurdo pensar que si razones más importantes para la acumulación (de acciones o de pretensiones) es la de evitar fallos contradictorios, esto no fuera posible sólo porque uno de los procesos fuera de única instancia y el otro u otros de dos.

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

RESUELVE:

Revócase el auto apelado y en consecuencia, decrétase la acumulación del proceso radicado en el Tribunal Administrativo de Antioquia bajo el No. 21.772 al radicado en el mismo tribunal bajo el No. 19.786.

Los procesos, que se encuentran en la misma etapa procesal, continuarán tramitándose conjuntamente y se decidirán en la misma sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 5 de Julio de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo de Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS, ACCION DE REPARACION DIRECTA. CADUCIDAD - Término

La acción de reparación directa ha debido ser instaurada por el apoderado de la parte actora dentro de los dos años siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la providencia originaria del Tribunal Superior de Aduanas. Reiteradamente ha dicho la Sala que "... los automotores depositados en el Fondo Rotatorio de Aduanas, en desarrollo de investigaciones penales, no pueden ser destinados al servicio oficial, ni vendidos directamente, ni rematados en pública subasta, antes de que se produzca y quede ejecutoriada la decisión jurisdiccional sobre contrabando" (Sentencia de Julio 16 de 1.981, Exp. 2687. Ponente: Doctor Dangond Flórez). La anterior pauta jurisprudencial explica bien, y con liberalidad jurídica, que sea este último momento, en el tiempo físico, el que se toma para empezar a contar el término de caducidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Bogotá, D.E., Julio cinco (5) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº.6158 Actor : Alberto Gamba

Demandado: Fondo Rotatorio de Aduanas.-

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto calendado el día ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa (1.990), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud del cual se inadmitió la demanda por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

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 él se lee:

"Una vez examinada la oportunidad en que se presentó la demanda, encuentra la Sala que para la acción de reparación directa incoada ya había operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción. Esta situación se establece en la siguiente forma :

"El hecho dañoso constitutivo de la posible falla en el servicio consiste en la venta irregular de un vehículo Renault 4 de propiedad del demandante, la cual fué efectuada por el Fondo Rotatorio de Aduanas a través del martillo del Banco Popular, sin que mediara autorización judicial. Dicho vehículo había sido retenido por la Aduana y depositado en las Bodegas del Fondo Rotatorio.

"La venta del automotor en cita se hizo a espaldas de su propietario y por lo tanto él ignoraba la fecha en que ocurrió tal suceso, en vista de lo cual el término de caducidad de la acción debe ser contado a partir del momento en que tuvo conocimiento de lo ocurrido. Para tal caso dicho momento se produjo, según obra en autos, con motivo de la providencia del Tribunal Superior de Aduanas (Fls 14 a 16) mediante la cual se confirmó la cesación de procedimiento a favor del dueño del carro y se ordenó oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que se investigara administrativamente la venta irregular del automóvil. Esta providencia tiene fecha del 4 de Agosto de 1.987 pero para los efectos que interesan a este estudio el término de caducidad se debe contabilizar desde la ejecutoria de la misma. Teniendo en cuenta que no obra constancia al respecto, la fecha que se tomará como base es la de su desanotación en la Secretaría del Tribunal Superior de Aduanas ya que, esta última supone la ejecutoria del auto en mención. Tal data corresponde al 18 de agosto de 1987 pero como la demanda solo fué presentada hasta el dos (2) de noviembre de 1.989 el término de caducidad de dos años establecido por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo fué ampliamente excedido.

"En mérito de lo expuesto, se

"RESUELVE:

"1°. Se inadmite la demanda presentada a través de apoderado judicial por el señor ALBERTO GAMBA por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

"2°. Se reconoce al Doctor ALIRIO FUENTES LOPEZ como apoderado judicial del señor Alberto Gamba en los términos y para los fines conferidos en el poder que obra al folio 1°. del expediente.

"3°. Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaria de la Sección devuélvase al interesado los documentos acompañados con la demanda sin necesidad de desglose y archívese la restante actuación. (fls. 22 y 23 Cdno No. 1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 25 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, aparece 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 discurre dentro del siguiente universo:

"En fundamento al Art. 16 de la Carta Política, solicitamos al Fondo Rotatorio de Aduanas, tal como lo enuncia la Resolución 00296 de 1.989, acápite 3°. de los considerandos, entre lo cual se pidió la restitución del vehículo Renault 4 y demás características que obran en el expediente. En la Resolución Administrativa 00296 de 1.989 originaria del Fondo Rotatorio de Aduanas, se ordenó en forma simple mediante liquidación No. 009 de 1.989, pagar la irrisoria suma de $139.500.00 M. Cte, a favor de mi poderdante, como equivalente a la devolución del vehículo ya descrito, pretendiendo el Fondo Rotatorio de Aduanas dar así cumplimiento al fallo emitido por HH . Tribunal Superior de Aduanas; sin tener en cuenta la grave lesión patrimonial consecuencia de un hecho de la administración consistente en haber subastado el presunto vehículo espúrio, sin la orden judicial previa; y que a la postre resultó ser de origen legal como así lo declaró el Tribunal S. de Aduanas.

"El Art. 22 del Decreto 2304 de 1.989, que modificó el Art. 135 del C.C.A., dispone que el Actor "debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. En el caso que nos ocupa, la Administración mediante Resolución 00296 de 1.989, originaria del Fondo Rotatorio de Aduanas, se pronunció parcialmente sobre la solicitud elevada en memorial que obra en autos. Op. cit. guardando silencio tácito sobre la indemnización interpuesta.

"El Art. 16 del Decreto 2304/89, que modificó el Art. 86 del C.C.A. determina que "la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño, cuando la causa de la petición sea un hecho "... En este evento nos hemos ceñido al cumplimiento del Art. 135 del C.C.A., agotando la vía gubernativa para luego recurrir a la vía Contenciosa Adva.

"En el momento de ocurrir el hecho o hechos motivo de la indemnización, se hallaba vigente el Decreto 528 de 1.964, relativo al Art. 83 del C.C.A. sobre las acciones de indemnización por hechos u operaciones de la administración, habida cuenta, que el vehículo Renault tantas veces citado, fué retenido por miembros de la Dipec-Policía Judicial el 16 de Octubre de 1.978 en Bogotá, D.E., tal como lo aserta el HH. Tribunal Superior de Aduanas en la cuestión Fáctica en la providencia de agosto 4 de 1.987 y que por lo demás fué probado en autos. Para esa época y aplicando la norma más benéfica al administrado, regía la prescripción de tres años.

"Con el auto que niega la admisión de la demanda, esa Corporación está negando la favorabilidad a mi cliente, desconociendo reiteradas jurisprudencias que sobre la materia rigen a saber:

" 1°. Las leyes rigen hacia el futuro desde el momento de su publicación; y retroactivamente en los casos excepcionales de favorabilidad que consagra la ley.

" 2°. En auto del 25 de Octubre de 1.973, citado por Jairo López Morales en su obra Responsabilidad Extracontractual, Ediciones Lex Ltda. Pag. 429 y ss. " Acción Indemnizatoria, pronunciamiento de Derecho Procesal Administrativo (Gonzalo Pérez dice :..." Esta jurisdicción-ha afirmado como condición sine qua non para sus pronunciamientos, una previa resolución de la Administración". Exp. Actor S. Roberto Bornhofen. N°. 1499.

"3o. Sec. III julio 19 1.963, Ponencia Dr. Alfonso Castilla Saiz Exp. 1462, Pag. 434 y 435 sobre caducidad dice: "... Pero bien, el hecho de reclamar a la administración ni quita ni pone, porque la petición no interrumpe el término de caducidad de *tres años* consagrado por el artículo 28 del Decreto Ley 528 de 1.964 que no puede aplicarse ni restringirse jurisprudencialmente...".

" Por lo expuesto HH. Magistrados, la norma aplicable al caso que nos ocupa, no es otra que el Art. 28 del Decreto 528 de 1.964, norma vigente para la época de los hechos, materia de la indemnización; y sobre los cuales la jurisdicción Penal Aduanera se pronunció en Agosto

de 1.987, siendo por lo tanto dable y aplicable la acción hasta Agosto de 1.990." (fl.s 25 y 26 Cdno No. 1).

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) Dentro del informativo se encuentran debidamente probadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA Que por providencia proferida por el Juzgado Primero Superior de Aduanas, calendada el día veintisiete (27) de Mayo de mil novecientos ochenta y siete (1.987),se declaró que el vehículo Renault 4, color blanco 1.976 motor 000412194, serie 5529989 no es de contrabando y se ordenó la devolución al Señor ALBERTO GAMBA,

SEGUNDA. Que el Tribunal Superior de Aduanas, en proveído de cuatro (4) de Agosto de mil novecientos ochenta y siete (1.987) confirmó la decisión del *a-quo* y dispuso oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que investigara el traspaso que del referido vehículo se hizo al Martillo del Banco Popular, sin previa orden judicial. Esta providencia fue desanotada el día dieciocho (18) de Agosto de mil novecientos ochenta y siete (1.987), como aparece en la constancia secretarial que obra al folio 16 vuelto;

TERCERA. Que el Director General del Fondo Rotatorio de Aduanas, por Resolución No. 00296 de tres (3) de Abril de mil novecientos ochenta y nueve (1.989) y considerando que el vehículo fue "...rematado por intermedio del Banco Popular Martillo de la ciudad de Bogotá...", dispuso devolver al Señor ALBERTO GAMBA el producto del mismo, esto es, la suma de CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (139.500.00). Al folio 9 vuelto aparece la siguiente constancia secretarial:

> "La presente providencia quedó en firme como quiera que al notificarse el Apoderado Doctor ALIRIO FUENTES LOPEZ, éste manifestó que renuncia a términos de ejecutoria como consta en la presente diligencia. Declárase debidamente ejecutoriada la Resolución No. 00296 del 3 de Abril de 1.989, el día 10 de Abril de 1.989. José Arturo Restrepo Ospina. Secretario.".

CUARTA.- Que la suma anterior fue pagada al Dr. ALIRIO FUENTES LOPEZ, como se desprende de la CUENTA DE COBRO que obra al folio 18 del Cuaderno N°. 1;

QUINTA. Que la demanda que fue inadmitida por el *a-quo* se presentó por el citado profesional, el día dos (2) de Noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989).

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado en el literal anterior, no hay espacio para la duda pues es incuestionable, como bien lo sostiene el *a-quo*, que la acción de reparación directa ha debido ser instaurada por el apoderado de la parte actora dentro de los dos años siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la providencia originaria del Tribunal Superior de Aduanas, esto es, a partir del 18 de Agosto de 1.987. En esta materia, reiteradamente ha dicho la Sala que; "...los automotores depositados en el Fondo Rotatorio de Aduanas, en desarrollo de investigaciones penales, no pueden ser destinados al servicio oficial, *ni vendidos directamente, ni rematados en pública subasta, antes de que se produzca y quede ejecutoriada la decisión jurisdiccional sobre contrabando*" (Sentencia Julio 16 de 1.981. Expediente Nº. 2687. Consejero Ponente Dr. Dangond Flórez) (Subrayas de la Sala).

La anterior pauta jurisprudencial explica bien, y con liberalidad jurídica, que sea éste último momento, en el tiempo físico, el que se toma para empezar a contar el término de caducidad. Como en el *sub-lite* el libelo se presentó sólo el día dos (2) de Noviembre de 1.989, fácil es concluir que ello ocurrió cuando habían transcurrido más de dos meses y medio de haberse consumado el referido fenómeno.

C) Para darle fuerza de convicción al presente proveído, la Sala observa al impugnante que para el ejercicio de la acción de reparación directa nunca ha exigido la Ley que se agote la vía gubernativa, que desde el primero (1) de Marzo de 1.984, cuando entró a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo, la caducidad de la misma es de sólo dos años, y que no es de recibo su perspectiva jurídica que se orienta a predicar que debe tenerse en cuenta la de tres (3), que se consagraba en el Decreto 528 de 1.964, pues fue durante su vigencia cuando se decomisó el vehículo. Las normas procesales son de orden público, y, por lo mismo de aplicación inmediata, lo que explica bien la filosofía anterior. Por lo demás, aún dentro del temperamento que presenta el impugnante, la acción también estaría caducada.

Finalmente, la acción de reparación directa nunca se ha manejado, ni legal, ni jurisprudencialmente, con la prescripción. Este fenómeno jurídico se ha aplicado a las controversias contractuales, surgidas con anterioridad a la vigencia del Decreto 01 de 1.984, habida consideración de que antes de este estatuto la ley no consagraba término de caducidad para las mismas.

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

RESUELVE:

1°. CONFIRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día ocho (8) de Febrero de mil novecientos noventa (1.990), dentro del proceso de rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

2°. Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo De Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Arturo Mora Villate, Secretario

ACTO DE ADJUDICACION. NULIDAD. COMPETENCIA

Si bien es cierto los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, salvo los de empréstito y obras públicas, se celebran y están sujetos a las reglas del derecho privado, no es menos cierto que si dan lugar a la expedición de actos administrativos éstos estarán sujetos a los controles propios, o sea al gubernativo, mediante los recursos establecidos en la ley y al jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 3 de la Ley 19 de 1983 y 17 del Decreto 222 de ese mismo año). En otras palabras, esta jurisdicción conoce de esa clase de controversia, pero no porque el contrato sea administrativo sino porque el acto que se expida con base en él sí lo sea.

La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera

Bogotá, D.E., julio diez (10) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Ref.:: Expediente No. 5782.-Contratos.- Actor : Macodyn S.A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra el fallo de 3 de febrero de 1.989 dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual se dispuso:

" 1°.- SE DECLARA NO PROBADA LA EXCEPCION PROPUESTA.

" 2°.- SE DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 0235, dictada el 20 de Diciembre de 1.984 por el señor Gerente General de Interconexión Eléctrica S.A., por la cual se declaró " la nulidad de la adjudicación del contrato hecha a la firma L. y R. Peláez Representaciones y Negocios S.A. en la licitación Pública Internacional JA-159A..."

" 3°.- Como consecuencia de lo anterior, se condena a la citada empresa Interconexión Eléctrica S.A. a pagar a la demandante Macodyn S.A. las sumas que se tasen en el incidente del artículo 308 del Código de P. Civil, de conformidad con las pautas indicadas en la parte motiva de esta providencia.

" 4°.- NIEGANSE LAS DEMAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

" 5°.- SE DARA CUMPLIMIENTO a los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1.984."

En el libelo, presentado el 19 de Abril de 1.985 se narraron en síntesis los siguientes hechos;

a) Que la sociedad demandante, Macodyn S.A. giró inicialmente con el nombre de L. y R. Peláez Representaciones y Negocios S.A.; denominación que se cambió mediante escritura N°·3742 de Diciembre 30 de 1.983 de la Notaría 11 de Medellín, en la cual se produjo una reforma estatutaria.

b) Que en diciembre 6 de ese año ISA abrió la licitación pública internacional JA-159A para el diseño, fabricación suministro y supervisión de pruebas y puesta en funcionamiento de un carro funicular de 1.000 kilogramos, con malacate, equipo de control, comunicación y accesorios, para el proyecto hidroeléctrico Jaguas.

c) Que el 28 de julio de 1.984, ISA acogió la propuesta de la demandante por ajustarse a las condiciones y por ser la más favorable para la entidad pública; y le comunicó la adjudicación mediante oficio 84-12461 de Septiembre 5 de ese año.

d) Que en diciembre 20 de 1.984 ISA dictó la resolución 0235, mediante la cual declaró la nulidad de dicha adjudicación; resolución que se mantuvo en la N°.0007 de 24 de Enero de 1.985, al rechazar el recurso de reposición.

El a-quo para tomar la decisión que se transcribió atrás denegó, en primer término, la excepción de falta de legitimación en causa por activa luego del análisis de las pruebas que acreditan la creación, la transformación y las reformas estatutarias de la sociedad actora. A este respecto anota el tribunal, en párrafo que acoge esta Sala:

> "En tales condiciones, debe concluirse que se trata de una persona jurídica que mudó su razón social e introdujo unas reformas a sus estatutos. No cabe entonces, como lo hace el apoderado de ISA, hablar de dos personas jurídicas diferentes porque la compañía adicionó su objeto, cambió su razón social y modificó " los órganos de dirección, administración y representación..." Una vez constituida la persona jurídica comercial, los socios bien pueden disponer las reformas que estimen conducentes a la representación legal, los órganos de dirección, etc. sin que ello implique la creación de una nueva entidad (siempre, desde luego, que se observe el quórum previsto por la Ley. Artículo 421. Código de Comercio). Les es dado incluso " adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este código, mediante *la reforma del contrato social...*." y esa transformación no significa que se presente " *solución de continuidad en la existencia de la sociedad* como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio...." (Artículo 167 del Código mencionado) . (Las anteriores y las demás subrayadas son de la Sala).
>
> " 4.- Como la persona jurídica es la misma, esto es, no existió solución de continuidad entre L. y R. Peláez Representaciones S.A. y Macodyn S.A. es evidente el interés que asiste a esta última firma para obrar como demandante en el presente proceso."

En segundo lugar, el tribunal al estudiar la legalidad del acto impugnado concluyó que la administración pública en sus distintas manifestaciones no tiene competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos.

En tales condiciones, el a-quo anuló el acto demandado y condenó a ISA al pago de los perjuicios, en abstracto, para su liquidación incidental.

Descontentas las partes, apelaron. Tramitado el recurso, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal 2a. de la Corporación el fallo recurrido merece confirmación en cuanto anula la resolución 0235/84 por incompetencia y revocatoria en cuanto condena al pago de perjuicios. En su vista de fondo de Marzo 5 de 1.990, a guisa de conclusión anota:

> " Por las razones expuestas considera al Despacho acertada la decisión del Tribunal en cuanto dispuso decretar la nulidad de la Resolución 235 de diciembre 20 de 1.984 proferida por el ISA.

" Se disiente en cambio del fallo del Tribunal, en cuanto se refiere a la condena impuesta a la demandada, toda vez que no obstante prosperar la primera petición de la demanda, es criterio de la Fiscalía que la segunda petición debe ser desestimada puesto que la situación que en un comienzo hubiera podido producir perjuicios, desapareció posteriormente al efectuarse, mediante contratación directa entre ISA y MACODYN S.A. el mismo contrato de que trataba la Licitación J.A. 159 A, sin que éste variara en su esencia, su objeto o sus condiciones. Además, según se acredita con los medios de prueba recomendados, las condiciones económicas que en el contrato inicial se pactaron permanecieron vigentes en el segundo, y como se anota en el experticio pericial rendido por los auxiliares de la justicia designados al efecto (fl. 430), " en estricto sentido económico, la pérdida del valor del peso colombiano frente al dólar actual hizo que la utilidad esperada, en proporción con la que se hubiera obtenido por concepto de la adjudicación que se declaró nula, fuese mayor que aquélla."

Para la Sala, la sentencia recurrida merece ser confirmada ya que se ajusta a la realidad procesal. El fallo en cuestión muestra un serio y concienzudo análisis del fondo del proceso que releva en cierta forma a esta Sala a hacer nuevas reflexiones. No obstante, se observa:

1) Es cierto, como lo anota el a-quo, que no existe duda alguna en relación con la persona demandante. Muestra el acervo probatorio que L. y R. Peláez Ltda. nacida mediante escritura pública N°363 de Enero 27 de 1.954, transformada luego en anónima por escritura 2673 de 14 de Diciembre de 1.978, el 30 de Diciembre de 1.983, mediante escritura pública 3742, inscrita en la Cámara de Comercio de Medellín el 20 de Enero de 1.984, cambió su razón social por la de Macodyn S.A. con la que actualmente gira (a folios 43 y siguientes) y reformó parcialmente sus estatutos.

No existe razón alguna para pensar que se trata de dos personas jurídicas diferentes, sin conexión alguna y sin relación de precedencia y que existió solución de continuidad entre ellas.

Ni siquiera podrá hablarse de personas diferentes cuando de transformación social se trate.

El Código de comercio es explícito a este respecto cuando en forma expresa en su artículo 167 dispone: " La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio."

Además el mismo estatuto es enfático en sostener que la transformación no afectará las obligaciones contraídas por la sociedad con anterioridad a la inscripción del acuerdo de transformación en el registro mercantil.

Como se desprende de la demanda y de las pruebas cuando ISA abrió la licitación internacional #159 de 6 de diciembre de 1.983, la sociedad demandante giraba con la razón de L. y R. Peláez Representaciones y Negocios S.A. y presentó su oferta con igual denominación el 7 de Marzo de 1.984, cuando debió hacerlo como Macodyn S.A., ya que desde el 20 de Enero de ese mismo año estaba inscrita la escritura de reforma estatutaria.

En esta conducta no observa la Sala ningún ánimo fraudulento, porque si bien pudo presentarse error en el nombre de la sociedad, no existió error en la persona , que es el que en definitiva puede viciar el consentimiento cuando " la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato (artículo 1512 del c.c.) Y no existió ese error porque nadie puede afirmar que ISA estaba negociando con alguien diferente y que cuando hizo la adjudicación estaba pensando en otra persona distinta a la que hizo la propuesta.

2) Si bien es cierto los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, salvo los de empréstito y obras públicas, se celebran y están sujetos a las reglas del derecho privado, no es menos cierto que si dan lugar a la expedición de actos administrativos éstos estarán sujetos a los controles propios, o sea al gubernativo, mediante los recursos establecidos en la ley y al jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 3 de la Ley 19 de 1.983 y 17 del decreto 222 de ese mismo año).

En otras palabras, esta jurisdicción conoce de esa clase de controversia, pero no porque el contrato sea administrativo sino porque el acto que se expida con base en él sí lo sea.

Esta Sala tuvo oportunidad de estudiar el punto en su sentencia de Septiembre 8 de 1.987 (Proceso 4995, Centro de Computo de Nariño). Allí, se expuso:

> " No obstante, la resolución 176 de terminación unilateral expedida por el Municipio de Pasto el 29 de noviembre de 1.985, pese a haber sido dictada con base en contrato de derecho privado carente de cláusula de caducidad, es un verdadero acto administrativo y por eso su impugnación tenía que hacerse ante esta jurisdicción.
>
> " Este aserto tiene su respaldo en la Ley. El mismo artículo 17 del decreto 222 es claro al permitir que cuando en un contrato de derecho privado, en el que no se haya pactado cláusula de caducidad, se expidan actos administrativos, a éstos les será aplicable el procedimiento gubernativo y " las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa."

En otras palabras, la competencia en materia contractual derivada de las controversias que surjan de los contratos de la administración, está gobernada, en principio, por las siguientes reglas:

a) Las derivadas de los contratos administrativos, son del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

b) Las controversias nacidas de un contrato de derecho privado en el que se haya pactado cláusula de caducidad, serán igualmente de esta jurisdicción.

c) Las nacidas de un contrato de derecho privado, sin la aludida cláusula, serán del conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

" d) Las controversias que giren en torno a los actos administrativos expedidos por la administración con base en un contrato de los indicados en el literal anterior, serán de la jurisdicción administrativa."

3) La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el Juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia.

En el presente asunto ISA dictó un acto administrativo de adjudicación (por su gerente autorizado por la junta directiva), el que fué comunicado a la persona demandante mediante oficio de 5 de Septiembre de 1.984 #GG-8412461; decisión administrativa que adquirió así el carácter de irrevocable por mandato legal (artículo 35 del decreto 222 de 1.983).

Acto administrativo que fué luego anulado por la misma entidad mediante resolución 0235 de 20 de diciembre de 1.984 (a folio 142), la que quedó en firme al ser rechazado el recurso de reposición (ver resolución 0007 de 24 de enero de 1.985, a folios 144 y siguientes).

Al proceder así ISA violó la ley en forma flagrante y directa, ya que esa competencia no la tiene, como se dijo atrás, sino el juez del acto o contrato. Y es más notoria esa infracción legal si se tiene en cuenta el carácter de irrevocable que ostenta el acto de adjudicación.

Olvidó la entidad demandada que la única salida posible que tenía para no acatar su propio acto era la jurisdiccional. Si la misma administración, pese a los poderes exorbitantes que tiene, en el evento en que no proceda la revocatoria directa tendrá que acudir al juez para que invalide su propia decisión, con mayor razón tendrá que hacerlo el particular o la persona pública sometida para el caso al derecho privado.

4) En cuanto a la condena hecha por el Tribunal tampoco encuentra objeción esta Sala, a pesar de que la fiscalía estima que se debe absolver por cuanto no se causaron perjuicios a la demandante, ya que con posterioridad a la anulación del acto de adjudicación ISA y Macodyn S.A. celebraron, mediante contratación directa, un contrato de compraventa del mismo equipo licitado y en idénticas condiciones.

Aunque la circunstancia anotada por la Fiscalía hubiera resultado bien probada, no habría tenido los efectos extintivos que le endilga, no sólo porque la causa creadora del perjuicio fué diferente, sino porque la nulidad del acto de adjudicación tuvo un efecto perjudicial inmediato, que aunque pudo atenuarse luego, no desapareció en su totalidad; pero tampoco puede desecharse ese hecho porque su ocurrencia incidió ciertamente en la disminución del perjuicio. En el fondo, puede inferirse que con la celebración del nuevo contrato, ISA quiso resarcir a la firma demandante de parte del perjuicio que le causó con su torpeza.

Estima la Sala que la idea precedente la traduce el Tribunal al precisar las pautas para la futura liquidación y que fueron del siguiente tenor:

> "18.- Se acudirá, en consecuencia, al incidente regulador del artículo 308 del Código de P. Civil, con estos fines: a.- Macodyn S.A. probará, con los medios de prueba idóneos, el nexo jurídico que le ataba con el fabricante Alimak y el monto de la comisión (o pago en general) que debía recibir por el contrato proveniente de la licitación JA-159A, relativo a la fabricación, suministro y entrega del equipo necesario para el proyecto Jaguas. b.- Se establecerá así mismo el contrato posterior celebrado entre ISA y Macodyn con el mismo objeto y el valor de la remuneración que el mencionado proveedor extranjero le cubrió. c.- La suma que resulte por este concepto, el contrato ulterior, se descontará de la que deba cubrirse a la referida Macodyn , por razón de lucro cesante. d.- La condena se reducirá, por tanto, al pago a Macodyn de la diferencia entre la comisión inicial prevista y la correspondiente al contrato suscrito después en el evento de ser ésta inferior a la primera. Se pagará igualmente la suma que cubra la devaluación que haya tenido la moneda en el período comprendido entre la fecha en que debió recibirse la comisión del contrato de la licitación JA-159A y la en que se percibió la del que más adelante (el 15 de enero de 1.986) fué suscrito con Interconexión Eléctrica. Para lo atinente al incremento se acudirá al artículo 178 del Decreto 01 de 1.984. La suma total que finalmente se deduzca en favor del contratista Macodyn, que no podrá exceder de la señalada en la demanda, se someterá al reajuste estatuido por el mismo articulo."

Por lo expuesto y de acuerdo parcialmente con la Fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de 3 de febrero de 1.989, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 7 de Julio de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala, *Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo De Greiff Restrepo; Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SECCION CUARTA

LEY EN EL TIEMPO. RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY SANCION POR INEXACTITUD - Improcedencia. **IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO** - Exención

El acuerdo Distrital 21/83, por estar vigente al vencimiento del ejercicio fiscal (Diciembre 31/83), atendiendo al principio de la retrospectividad, se aplicaría para todo el ejercicio impositivo de 1983, salvo que exista disposición especial que regulando aspectos específicos, señale su momento de aplicación, como es precisamente el caso de la exención discutida.

No siendo imputable el error al contribuyente, en manera alguna puede la administración pretender generar un derecho a su favor, derivado de su propia negligencia: por esta razón, no es aplicable la sanción por inexactitud (Ejercicio Fiscal de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Julio seis (6) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº.2605 Actor : Fábrica Colombiana de automotores S.A. "Colmotores" contra Distrito Especial de Bogotá.

Apelación sentencia de Marzo 6 de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Impuesto Industria y Comercio. 1983. -Fallo -

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos tanto por la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, como por el apoderado de la sociedad actora, contra la sentencia del 6 de Marzo de 1.989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, anuló parcialmente la operación administrativa por la que se determinó el impuesto de Industria y Comercio por el año de 1983, a la Fábrica Colombiana de Automotores S.A. "COLMOTORES", dentro del juicio de restablecimiento del derecho que contra el mismo acto intentó la contribuyente.

ANTECEDENTES.

La sociedad Fábrica Colombiana de Automotores S.A. presentó la declaración de Industria y Comercio correspondiente al año gravable de 1983, en la vigencia de 1984 y solicitó en ella deducciones por concepto de exportaciones y exención para la venta de vehículos de producción nacional.

Mediante requerimiento 000649 de Diciembre 20 de 1.985, la Secretaría de Hacienda propone el rechazo de la deducción por exportaciones y la exención por venta de vehículos de producción nacional.

Requerimiento que oportunamente atendió la contribuyente, explicando que dentro del total de deducciones pedidas figuraba el valor de ventas al exterior por $38.993.822, que no comprobó totalmente en el término señalado para la respuesta al requerimiento.

Como consecuencia la Dirección de Impuestos distritales, según afirma, practicó liquidación oficial, desconociendo la deducción de $26.220.283 por ventas al exterior y la exención total para la venta de vehículos de producción nacional en el país y sancionó por inexactitud.

Contra el acto administrativo la sociedad contribuyente interpuso los recursos pertinentes por la vía gubernativa que fueron fallados con confirmación del acto recurrido.

Inconforme la sociedad, acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca alegando violación: del Acuerdo 21 de 1983, artículos 5o. Numeral 11 y Parágrafo 3o., 16 Numeral 5o. y Parágrafo 1o.; Decreto 001 de 1983 artículos 21, 53 y 81; Decreto 1651 artículo 126 y Decreto 3803 de 1982 artículo 49.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló parcialmente el acto administrativo acusado, en el sentido de levantar la sanción por inexactitud. Dijo el Tribunal que: "frente a las circunstancias fácticas del negocio la sanción no puede sostenerse porque si bien la exención no era aplicable por el año discutido por así disponerlo el Acuerdo 21 de 1983 en su artículo 5o, no es menos cierto que su inclusión en el denuncio fiscal obedeció al hecho

de haberse plasmado en el formulario oficial correspondiente al período de 1983, dentro del cuadro Nro. 5 sobre actividades exentas, un renglón destinado a la venta de automotores de producción nacional."(fl. 186).

No accedió a las súplicas de la demanda concernientes al reconocimiento de las deducciones por ventas al exterior, por haberlas ya aceptado la Junta Distrital de Hacienda en el monto de $38.993.822 pedido por la contribuyente.

Con relación al otorgamiento de la exención del 25% sobre el valor de venta de vehículos nuevos de producción nacional fue negada en consideración a que el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, señala su reconocimiento a partir del año de 1984 y no de 1983, alegado en la demanda.

LA APELACION.

El fundamento de la apelación por parte de la sociedad contribuyente, radica en la no aceptación de las exenciones pedidas para el año gravable de 1983, pues considera el apoderado judicial de la actora, que el Tribunal interpretó equivocamente el artículo 5o del Acuerdo 21 de 1983 y que no tuvo en cuenta las prácticas adoptadas por la Dirección de Impuestos Distritales, porque en esta materia la liquidación se refiere a la vigencia de la exención y no al año gravable al cual es aplicable. Afianza su alegato en el hecho de que la misma Administración Distrital, lo anota en su cartilla guía y en el formulario de declaración correspondiente al año de 1983.

Por otra parte el apoderado judicial del Distrito Especial de Bogotá, apela la sentencia porque estima que no debió levantare la sanción por inexactitud impuesta.

CONCEPTO FISCAL.

El Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Fiscal Tercero de la Corporación, estima que la sentencia apelada debe confirmarse porque:

1) - La apelación de la parte demandante, carece de fundamento legal ya que el interpretar el Acuerdo 21 artículo 5o, olvida lo dispuesto por los artículos 27 inciso 1, y 28 del Código civil que ordenan que: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu" que las "palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" y que el contexto literal del artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1.983, establece la exención a partir del 1o. de Enero de 1984."

2) - Con relación a la apelación de la parte demandada, estima que ésta tampoco tiene fundamento, porque de conformidad con el artículo 53 del acuerdo 21 de 1983, la sanción por inexactitud sólo procede cuando los

contribuyentes que soliciten la exención, no demuestren que se encuentran dentro de las condiciones previstas en el artículo 5o. de dicho Acuerdo y que en el caso de la sociedad, las condiciones son señaladas por en Numeral 11, que establece que la actividad comercial de venta de automotores de fabricación nacional, queda exenta en un 25% de su ingreso bruto anual por este concepto. Que es claro, pues, que en este asunto la condición no era otra que la existencia de venta de automotores de fabricación nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Radica entonces, el motivo de controversia en dos puntos fundamentales:

1) - La procedencia para el año de 1983, de la exención tributaria del impuesto de Industria y Comercio, del 25% del ingreso por concepto de ventas de automotores de fabricación nacional, contenida en el Acuerdo 21 de 1983 artículo 5o Numeral 11, y

2) - La procedencia de la sanción por inexactitud cuando existe error compartido entre contribuyente y Administración.

La primera controversia implica el análisis de la aplicación de la ley en el tiempo, con fundamento en las normas que gobiernan la materia.

De acuerdo con los artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su observancia principia dos meses después de promulgada, exceptuando cuando la ley fija el día en que debe empezar a regir; o autoriza el Gobierno para fijarlo, en cuyo caso principia a regir la ley en el día señalado.

El Acuerdo 21 de 1983 señala en su artículo 120: "Este Acuerdo rige a partir de su sanción", ésta fue el 22 de Diciembre de 1983, de donde cabe deducir, confirmado reiterada doctrina de esta Corporación, que por estar vigente al fenecimiento del ejercicio fiscal (diciembre 31 de 1983), atendiendo al principio de la retrospectividad, se aplicaría para todo el ejercicio impositivo de 1983, salvo que exista disposición especial que regulando aspectos específicos, señale su momento de aplicación, como es precisamente el caso de la exención discutida, regulada por el Acuerdo 21 de 1983, en cuyo artículo 5o se señaló expresamente una fecha de entrada en vigencia de la exención. Expresa la norma:

> "EXENCIONES. - Las siguientes actividades estarán exentas de impuesto de Industria y comercio y avisos por un término de cinco (5) años *a partir del 1 de enero de 1984*, en los montos y porcentajes que a continuación se señalan, sobre sus ingresos brutos..."

"11.- La actividad comercial de ventas de automotores de fabricación nacional, queda exenta en un 25% de su ingreso bruto anual por este concepto..." (Subraya la Sala).

El texto literal de la norma es claro al disponer que las exenciones señaladas en los artículos transcritos, se conceden por el término de cinco (5) años *a partir del 1o. de Enero de 1984* y no antes.

Entonces, si la norma indica que las exenciones rigen desde tal fecha, está fijando su operancia en el tiempo desde ese momento hacia adelante, sin que sea dable al intérprete, contrariando su texto literal, pretender abarcar períodos gravables distintos a los en ella señalados.

No prospera entonces el cargo de la violación en que el demandante funda su apelación.

2 - SANCIONES POR INEXACTITUD.

Observa la sala en primer lugar, que el hecho de que un funcionario de la Administración distrital incurra en error al indicar en una cartilla guía, como procedente una exención no vigente para el período gravable de 1.983, no exonera al contribuyente de conocer la norma que regula el impuesto, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Sin embargo, para efectos de la sanción por inexactitud, debe admitirse que el contribuyente en cierto modo, fue inducido al error por culpa de la Administración al indicarlo así en la cartilla guía de la Dirección de Impuestos Distritales (fl. 67 Cdno.Ppal.), y como está claro que dicho error no es imputable al contribuyente, en manera alguna puede la Administración pretender generar un derecho a su favor, derivado de su propia negligencia. Por esta razón la Sala comparte el criterio del Tribunal Administrativo, como el del Ministerio Público en el sentido de no aplicar la sanción por inexactitud.

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.

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE, VUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado Secretario.

COSTO PRESUNTO - Reconocimiento. **INDUBIO CONTRA FISCUM**

El reconocimiento de costos presuntos no es cosa distinta que el desarrollo del principio económico de que no puede existir en la actividad comercial ingreso que no apareje la realización de costos. No hay que perder de vista el principio general indubio contra Fiscum consagrado en el artículo 62 del Decreto 1651/61 referente a que las dudas provenientes de vacíos probatorios existentes en el momento de practicar las liquidaciones o de fallar los recursos, deben resolverse, si no hay modo de eliminarlas, a favor del contribuyente ejercicio fiscal de 1982).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente Nº. 2589. Actor : Nury Cuesta Angel.

Apelación de la sentencia de 6 de junio de 1989 del Tribunal Administrativo de Caldas. Juicio de revisión y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de renta y complementarios por el año fiscal de 1982. - FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación Interpuesto por el apoderado judicial del señor NURY CUESTA ANGEL, con cédula número 4.590.756 de Riosucio, contra la sentencia de junio 6 de 1989 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Caldas modificó los actos administrativos de

determinación de impuestos de renta, patrimonio y sanción por libros de contabilidad a cargo del mencionado contribuyente por el año gravable de 1982.

ANTECEDENTES

La Sección de Auditoria Interna de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales por medio del requerimiento especial no. 00024 de febrero 6 de 1985 solicitó al contribuyente comprobara mediante el envío de los asientos contables la partida de $29'557.670 que registra el renglón 71 (compra de mercancías) de la declaración de renta y patrimonio presentada el 18 de mayo de 1983. Así mismo pidió la comprobación de la suma de $126.550 del renglón 90 *ibídem* correspondiente a otros costos y gastos (fl. 157 ant. advos.).

En vista de que la Cámara de Comercio Delegación de Riosucio certificó que los libros de contabilidad fueron registrados el 2 de agosto de 1984 (fls. 154 a 156 antc. admvos.) la Administración procedió a desestimar la certificación expedida por el contador autorizado, José Manuel Jiménez Ramírez Matrícula no. 215-A, practicando la Liquidación de revisión No. 000330 de julio 30 de 1985 sobre un total de ingresos de $ 30'072.765 (ventas de café) cuyo detalle aparece en el anexo oficial No. 4 de la declaración de renta (adición) presentada el 3 de julio 1983. Obviamente impuso sanción por libros de contabilidad conforme al artículo 56 del Decreto 3803 de 1982 en concordancia con los artículos 83 y 84 de la ley 9a. de 1983. Asimismo efectuó corrección aritmética (art. 24 Decreto 3803/82) en razón de que las compras solicitadas ($ 29'557.670) sólo ascendían a la cantidad de $28'557.670.oo (fls. 159 a 164 antc. admvos.).

Con motivo de la reconsideración el contribuyente pidió la aplicación del costo presunto del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974 a lo cual accedió la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales modificando la liquidación de revisión mediante resolución RT-000069 de mayo 19 de 1986 (fls. 175 a 182 antc.); sin embargo la Dirección de Impuestos Nacionales al conocer en grado de consulta (Res. R-0904-H de nov. 19/86) improbó el proveído anterior confirmando en todas sus partes el acto liquidatorio oficial, agotándose de esta manera la vía gubernativa (fls. 204 a 212 antc. admvos.).

Por su parte el Tribunal de Instancia, sin que la demanda hubiese señalado el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974 como transgredido y tampoco invocado su aplicación, procedió a ello como aparece en el fallo apelado argumentando lo siguiente:

" . . . Como esta jurisdicción tiene facultad para revisar lo resuelto por las Autoridades Tributarias, en materia de costos, pues la acción

Instaurada por la parte actora tiene por objeto el análisis de todos los factores que han determinado la fijación de un tributo de carácter particular, se Impone dar aplicación al artículo 31 del Decreto No. 2053 de 1.974, sobre costos presuntos y costos estimados ... " (fl. 95).

Y respecto de la partida de $ 126.550 solicitada como otros costos y gastos (renglón 90 declaración de renta) el *a-quo* precisó que debía sostenerse su desestimación por falta o incumplimiento de los requisitos legales. En consecuencia, practicó una nueva liquidación aceptando como costo de la mercancía vendida el 75% de $ 28'557.670, es decir la suma de $ 21'418.252 y manteniendo la sanción por libros de contabilidad determinada en la cantidad de $ 242.718.oo (fl. 99).

RECURSO DE APELACION

El apoderado del actor impugna la sentencia en cuanto a lo desfavorable, aduciendo una aparente falta de correspondencia entre el acto liquidatorio oficial y los requerimientos; señalando que mientras el requerimiento ordinario No. 00535 de noviembre 23 de 1984 le solicita comprobación de compra de mercancías por $ 22'350.920 que aparece en el renglón 71 de la declaración inicial (mayo 18/83, fls. 7 y 8), en el requerimiento especial 00024 de febrero 6 de 1985 no se solicitó comprobación de costos ni asientos contables, olvidando precisamente que en este requerimiento se puntualizó que se desestimaría la suma de $ 29'557.670 por no haber comprobado tales costos en la repuesta al requerimiento ordinario 0535, desestimando también la certificación del contador público con fundamento en la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Riosucio sobre el registro de los libros de contabilidad (agosto 2/84), circunstancia que a juicio del apelante generaría nulidad del requerimiento especial al tenor del numeral 2o. del articulo 57 de la ley 52 de 1977.

Respecto al costo de la mercancía vendida por $ 29'557.670 observa que la "prueba de dichos costos salta a la vista, está en la facturación minuciosa y detallada que se presentó, indicando nombres, identificación, cantidad de café y además el valor de las ventas que se hicieron al señor Nury Cuesta Angel." motivo por el cual no comparte la decisión del Tribunal al no aceptar sino el costo presunto del 75% del valor de las ventas de café (fls. 104 a 106).

PARTE OPOSITORA

La Delegada de la Dirección de Impuestos Nacionales fundamenta su oposición en el cumplimiento del inciso 2 del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974 argumentando que cuando no se pueda establecer por métodos directos los costos en los cuales ha incurrido el contribuyente, no hay lugar a la aplicación del costo presunto del 75%. Por consiguiente solicita revocar la

sentencia del Tribunal y la confirmación de la Resolución R-0904-H de noviembre 19 de 1986 de la Dirección Nacional de Impuestos (fls. 115 a 121).

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez, en primer término observa que si bien el señor Nury Cuesta Angel en la demanda dirigida al Tribunal pidió la revisión de los actos administrativos de determinación del impuesto de renta del año gravable de 1982, ésta deba interpretarse en el sentido de que lo que solicita es la nulidad de la liquidación oficial, el proveído No. 069 de mayo 19 de 1986 de la División de Recursos Tributarios y la Resolución R-0904-H de noviembre 19 de 1986 expedida por la Dirección de Impuestos Nacionales.

De otra parte precisa que el demandante sólo señaló como disposiciones violadas los artículos 13, numeral 8), del Decreto 2821 de 1974, 42 y 46 de la ley 52 de 1977 y 1o del Decreto 437 de 1961, relevando lo siguiente:

> "El Tribunal, en sentencia del 6 de junio de 1989, consideró que los actos acusados no violan las disposiciones anotadas, pero en vez de denegar las pretensiones de la demanda procedió a estudiar la situación fiscal del contribuyente con fundamento en una norma legal que aquélla no había indicado como violada (artículo 31 del Decreto 2053 de 1974) y luego concluyó que era procedente el reconocimiento de los costos presuntos previstos por esta norma.
>
> "Para justificar esta determinación, el Tribunal expresa que el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, es aplicable, a pesar de que la demanda no planteó su aplicación, por dos razones fundamentales: "a) Porque el contribuyente, en sede administrativa invoca la norma, como se hace palmar del recurso de reconsideración ejercitado en escrito de 17 de septiembre de 1985 (fls. 168 vto.), cuando explícitamente se consignó por el recurrente '...'"; b) Porque la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, al pronunciarse sobre el recurso de reconsideración que el contribuyente interpuso contra la liquidación oficial, se refirió a las situaciones que contempla el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974.
>
> "Realmente sorprende la decisión del Tribunal Administrativo de Caldas pues éste, ininterrumpidamente, en incontables providencias, ha sostenido, siguiendo la antigua y reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, que la justicia que imparte la jurisdicción contenciosa administrativa no es oficiosa sino rogada y que por lo tanto éste no puede declarar la nulidad de actos administrativos con fundamento en disposiciones legales o constitucionales que no haya invocado la demanda.

"El Tribunal, sí consideraba que no existía violación de las normas que indica la demanda, ha debido, simplemente, denegar las pretensiones. Esa decisión equivocada llevó al Tribunal a reconocería un verdadero privilegio al contribuyente pues en vez de confirmar la liquidación oficial, que fijaba, a cargo de aquél, una obligación fiscal de $16'677.807. practicó otra liquidación por la suma de $ 3.884.088oo.

"Lamentablemente, la decisión del a-quo no puede ser, sin embargo, modificada en contra del demandante por la sencilla razón de que éste interpuso el recurso de apelación para que el superior se pronunciara sobre aquellos aspectos que fueron desfavorables en la sentencia de primera instancia, concretamente sobre la afirmación que hizo el Tribunal en el sentido de que los actos acusados no violan los artículos 13, numeral 8o del Decreto de 2821 de 1974, 42 y 46 de la Ley 52 de 1977 y 1o del Decreto 437 de 1961." (fls. 125 y 126).

Respecto de la pretendida equivocación de la Administración Tributaria en el señalamiento del valor de las compras de café que aparece en la declaración de renta inicial ($ 22'350.920) mencionado en el oficio No. 0000535 de noviembre 23 de 1984 y el guarismo indicado en el requerimiento especial 00024 de febrero 6 de 1985 ($ 29'557.670), precisa la Fiscalía que " la irregularidad que da lugar a la nulidad de la liquidación de revisión es la *omisión* del requerimiento especial y ocurre que en este asunto no se presentó *omisión*, puesto que, antes de practicarse la liquidación, la Administración le envió al contribuyente el Requerimiento Especial No. 00024 del 6 de febrero de 1985.". (fls. 127).

y agrega:

" De todos modos, no sobra anotar que en el *Requerimiento Especial* No. 000024 del 6 de febrero de 1985, la Administración al advertirle al contribuyente que le desestimará la cantidad de $ 29.557.650.oo., no hizo más que referirse tanto a la declaración Inicial como a la de corrección puesto que aquella cantidad es la suma de las compras de café que aparecen en ambas declaraciones ($ 22.350.920.oo. y $7.206.750.oo.). (fol. 128).

En consecuencia, la Fiscalía conceptúa que la sentencia recurrida debe ser confirmada a pesar del error del *a-quo*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Respecto a lo señalado por la Fiscalía en el sentido de que en la vía jurisdiccional el demandante no solicitó expresamente la aplicación del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974 referente a los "costos presuntos", precisa la Sala que su reconocimiento no es cosa distinta que el desarrollo del principio

económico de que no puede existir en la actividad comercial ingreso que no apareje la realización de costos, aceptado en varios fallos emitidos por esta Sección de la Corporación, entre ellos, el de 3 de abril de 1987 con ponencia del señor Consejero Dr. Carmelo Martínez Conn (Expediente No. 0410 actor Gerardo Zuluaga Duque) en cuyo proceso se pretendía la aceptación de costos por compras de café y cacao, puntualizándose en dicha oportunidad lo siguiente: "Como esta jurisdicción tiene facultad para revisar lo resuelto por las autoridades tributarias, en materia de costos, pues la acción instaurada por la parte actora tiene por objeto el análisis de todos los factores que han determinado la fijación de un tributo de carácter particular, se impone dar aplicación al artículo 31 del Decreto número 2053 de 1974, sobre costos presuntos y costos estimados . . ." (Anales del Consejo, primer semestre de 1987, Volumen II, páginas 1876 y 1877). Por lo demás, no hay que perder de vista el principio general, "Indubio contra Fiscum" consagrado en el artículo 62 del Decreto 1651 de 1961 referente a que las dudas provenientes de vacíos probatorios existentes en el momento de practicar las liquidaciones o de fallar los recursos, deben resolverse, si no hay modo de eliminarlas, a favor del contribuyente.

Además, en el caso *sub-lite* debe tenerse en cuenta, como lo anota la Fiscalía la decisión del *a-quo* no puede ser modificada por cuanto el apelante es el mismo contribuyente en virtud del fenómeno jurídico de la *reformatio im pejus* (art. 357 del C. de P. C.) por lo que su discusión carecería de toda relevancia.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión del recurrente de obtener el reconocimiento de la totalidad del costo (100%) de la mercancía vendida, no es procedente acceder a ello porque, estando el contribuyente obligado fiscal y legalmente a llevar libros de contabilidad registrados oportunamente en la respectiva Cámara de Comercio, no allegó al proceso prueba contable idónea para comprobar tal costo o en su defecto, fotocopias autenticadas de las declaraciones de renta y patrimonio de las personas que en el año de 1982 le vendieron café, en las cuales se hubiesen reflejado las correspondientes operaciones o transacciones comerciales.

En relación con la falta de correspondencia entre el valor de las compras que registra el requerimiento especial No. 00024 de febrero 6 de 1985 y el rechazado en la liquidación oficial de revisión 000330 de julio 30 de 1985, estima la Sala, del mismo modo que lo hace la Fiscalía, que la irregularidad que genera nulidad (numeral 2 , art. 57 ley 52/77) es la omisión del requerimiento especial, lo cual no ocurre en el caso en estudio; pues si se observa bien la cantidad que anuncia como rechazo el requerimiento especial ($ 29'557.670.oo.) tal guarismo corresponde a las compras de café que denunció inicialmente el contribuyente en su declaración de fecha mayo 18 de 1983 ($ 22'350.920.oo folio 8 antc. admvos.) más el valor de las compras por $ 7'206.750.oo que completa el rubro compra de mercancías por

$29'557.670.oo (fol. 4 antc. admvos.) cuyo costo fue corregido oficiosamente por la Administración Tributaria en la suma de $ 28'557.670.oo (ver memorando explicativo liquidación 330 de julio 30/85). En consecuencia, no prospera el cargo.

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 :

CONFIRMASE la sentencia de 6 de junio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el juicio No. 7584 mediante la cual modificó los actos administrativos de determinación del impuesto de renta, patrimonio y sanción por libros de contabilidad a cargo del señor Nury Cuesta Angel, correspondiente al año gravable de 1982.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ACTO COMPLEJO. ACCION DE NULIDAD - Improcedencia

De acuerdo con el artículo 69 del Decreto 3133/68, para la existencia o para que nazca a la vida jurídica el acto administrativo son necesarios varios actos simples que integran un acto compuesto: el Acuerdo del Concejo Distrital y la ratificación posterior expresada a través de la voluntad del Gobierno Nacional., de suerte que sin ella el acto no es definitivo o completo (art. 83 C.C.A.), como lo ordena la norma. No siendo acto administrativo no es materia de acción pública de nulidad, y de control jurisdiccional y, es, además, inaplicable por la administración.

REVOCA LA NULIDAD del artículo 13 del Acuerdo 3/82 del Concejo Distrital, declarada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

Bogotá, D.E., seis de julio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente Nº. 0403 Actor : Alvaro Galvis Pino C/ D.E. de Bogotá.

ASUNTOS MUNICIPALES (Reconstrucción). FALLO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca el 27 de enero de 1984 que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda para que se declare la nulidad de los artículos 1o y 13 del Acuerdo No. 3 de 1982 expedido por el Concejo Distrital en el cual se señalan las tasas para la determinación del impuesto predial en Bogotá D. E.-

ANTECEDENTES:

Mediante escrito visible a folio 61-A, a 61-F, del cuaderno principal, la apoderada del Distrito Especial de Bogotá solicitó la reconstrucción del proceso distinguido anteriormente con el número 11011 que se hallaba según dicho escrito para dictar sentencia. La reconstrucción fue ordenada por medio de auto de 20 de noviembre de 1989 (fls. 96 a 98) del cuaderno mencionado.-

LA DEMANDA :

En memorial presentado el 24 de febrero de 1.983 el actor pidió que se declarara la nulidad del Acuerdo 3 de 1982 dictado por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá en su artículos 1o. y 13 que tratan de las tarifas aplicables a los predios gravables urbanos o rurales en Bogotá D.E. en cuanto en ellos se estableció la fecha en que entraba en vigencia dicho Acuerdo. Invocó como norma violada el artículo 69 del Decreto Ley 3133 de 1968 que ordena: "que las tarifas que señale el Concejo requerirán para su validez, la ratificación posterior del Gobierno Nacional.....". Agregó además, haber realizado las diligencias tendientes a obtener comprobar la ratificación requerida" sin poder encontrar ni la ratificación del Acuerdo ni la entidad competente para ello.-

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió que la ratificación posterior por el Gobierno Nacional "es requisito esencial para la validez del acto que señala unas tarifas" y que el incumplimiento de este requisito hace anulable el acto demandado, pero como la ratificación se puede cumplir en cualquier tiempo su inobservancia solo origina la inaplicabilidad.-

Anuló el artículo 13 que señala la fecha en que debe entrar a regir, en el acto demandado expresando que "no puede empezar a regir hasta tanto no haya sido ratificado por el Gobierno Nacional".-

La parte opositora (fls. 47 a 53, cuaderno principal) pide a la Corporación que se declare inhibida para proferir sentencia de mérito por no haberse satisfecho la exigencia de la ratificación del acto que determina las tarifas por parte del Gobierno Nacional, por lo cual el acto demandado no ha nacido a la vida jurídica, pues se trata de un acto complejo integrado por varios actos y con la concurrencia de diferentes voluntades, las cuales dan origen a un acto

único, sin existencia jurídica independiente, al cual faltándole la aprobación del Gobierno Nacional como lo dispone el artículo 69 del Decreto 3133/68, no puede considerársele como acto definitivo, y, por tanto demandable. En igual sentido se pronuncia el Ministerio Público al afirmar que no es acto administrativo completo (Art. 83 C.C.A.) porque falta la ratificación como lo ordena el artículo 69 del Decreto 3133/68.-

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El artículo 69 del Decreto 3133/68; "por el cual se reforma la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá" dispuso: "El Distrito Especial de Bogotá continuará con la facultad de organizar su catastro y podrá establecer, con base en el avalúo catastral de la propiedad, las tarifas ordinarias del impuesto predial y tarifas diferenciales del mismo, de acuerdo con la zonificación y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 94 y siguientes de la Ley 81 de 1960. *Las tarifas que señale el Concejo requerirán para su validez, la ratificación posterior del Gobierno Nacional*, y no podrán exceder los límites máximo y mínimo señalados por la Ley". (Lo subrayado es de la Sala).-

De acuerdo con la disposición transcrita, para la existencia o para que nazca a la vida jurídica el acto administrativo son necesarios varios actos simples que integran un acto compuestos: el Acuerdo del Concejo Distrital y la ratificación posterior expresada a través de la voluntad del Gobierno Nacional, de suerte que sin ella el acto no es definitivo o completo (art. 83 C.C.A.), como lo ordena la norma transcrita.- No siendo acto administrativo no es materia de acción pública de nulidad, y de control jurisdiccional y, es, además, inaplicable por la administración.-

La Sala, mediante providencia que transcribe el Fiscal Sexto y que se reitera al desatar el proceso 8203 con ponencia del H. Consejero Gustavo H. Rodríguez se había pronunciado sobre un caso similar, criterio que ahora se reitera, dijo: "Como se desprende del texto del artículo 69 del Decreto Ley 3133 de 1.968, que se considera violado, "las tarifas que señale el Concejo requerirán para su validez la ratificación posterior del Gobierno Nacional y no podrán exceder los límites máximos y mínimos señalados por la ley".-

"Se observa, en primer término, que en autos no se ha acreditado que las referidas tarifas del artículo 7o. acusado (para el caso sería el artículo 1º del Acuerdo No. 3 de 1982) se hayan ratificado por el Gobierno Nacional, requisito exigido por la anterior norma para su "validez". De suerte que si bien es innegable la existencia de la norma acusada, no se ha demostrado que sea válida jurídicamente, carácter sin el cual no puede ser considerada como acto administrativo, pues aún no ha hecho su ingreso al mundo jurídico, y por lo tanto no puede ser materia susceptible de acusación ante el contencioso administrativo".-

"Dada esa exigencia de ratificación, se trata de un acto complejo-compuesto, según otra terminología doctrinaria, integrado por la voluntad del Concejo Distrital y la voluntad aprobatoria del Gobierno Nacional".

"Faltando la segunda de ellas, el acto administrativo es incompleto, porque es incompleta la formación de la voluntad administrativa, *pero aún inadmitiendo las tesis doctrinaria de que los actos sujetos a aprobación o ratificación sean actos complejos, sino simples sujetos a una condición suspensiva de validez y eficacia, habría que decir que no pueden ser acusados ante el Contencioso Administrativo sin la demostración de que esa aprobación o condición se ha satisfecho,- por cuanto aún no se conoce la voluntad administrativa final*" (Lo subrayado es de la Sala).

Con fundamento en las consideraciones anteriores, 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.- Declárase inhibido para pronunciamiento de mérito.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SEGURO DE CUMPLIMIENTO. COMPROMISO DE APERTURA - Incumplimiento

No es válido el planteamiento de la demanda de no haberse configurado un perjuicio económico al asegurado (Administración de Impuestos) en razón de no haber obtenido el beneficio fiscal del descuento tributario, pues es ésta una circunstancia ajena al compromiso de apertura, que permite que una persona jurídica pueda potencialmente beneficiarse de los incentivos tributarios creados por la ley para las sociedades anónimas abiertas, pues logrado el beneficio potencial, éste sólo se concreta cuando la sociedad efectivamente obtiene ingresos susceptibles de distribuirse a título de dividendos.

ACTO COMPLEJO

La demanda ha debido dirigirse contra el acto administrativo complejo, compuesto tanto por las Resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, como de las proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales, ya que si hipotéticamente se decretaba la nulidad de tal declaratoria, no podría colegirse la exoneración a la actora de pagar la suma afianzada, pues quedaría incólume la Resolución de la C.N.V. que declaró incumplido un compromiso garantizado, y la Administración tendría que dar cumplimiento a la ley exigiendo a la Sociedad Asegurados de Fianzas CONFIANZA S.A. al pago de la garantía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., seis de julio (06) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2408 Actor :Lloreda productos de hierro y acero S.A. contra la Nación Impuestos - Fallo

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la sociedad LLOREDA PRODUCTOS DE HIERRO Y ACERO S.A., contra la sentencia del 12 de noviembre de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de restablecimiento del derecho intentando por la actora, contra las Resoluciones 00094 de julio de 1986 y 002 de enero 28 de 1987 de la Administración de Impuestos Nacionales, denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

- Con el fin de lograr una desconcentración del capital de las sociedades anónimas, el Congreso de la República mediante la Ley 9a. de 1983, les concedió beneficios tributarios especiales siempre y cuando cumplieran determinados requisitos entre ellos que la sociedad anónima fuera abierta (Artículo 9 y 10).

- Quiso el legislador hacer extensivo el beneficio a otras sociedades que no cumplían el requisito anterior, condicionado a un compromiso de apertura con el cual la sociedad inmediatamente se consideraba abierta y pasaba a ser un beneficiario potencial de los incentivos tributarios.

- La sociedad LLOREDA PRODUCTOS DE HIERRO Y ACERO S.A. aprobó en la Asamblea de Accionistas de marzo 25 de 1985 efectuar el compromiso de apertura y autorizó a su representante legal, para solicitar al Presidente de la Comisión Nacional de Valores, la aprobación del compromiso correspondiente que gestionó mediante solicitud de junio 20 de 1985.

- Compromiso que luego de algunas modificaciones fue aprobado mediante la Resolución 364 del 30 de agosto de 1985, en la cual se indicó que tres de los socios debían enajenar, antes del 31 de diciembre de 1985, el número de acciones necesario par ajustar la composición del capital a lo exigido por el Artículo 10 de la Ley 9a. de 1983, compromiso que sólo se entendía perfeccionado una vez que la sociedad constituyera a satisfacción de la Comisión Nacional de Valores, una garantía de cumplimiento a favor de la Administración de Impuestos Nacionales, hecho que cumplió a través de la Compañía Aseguradora de Fianzas.

- Cumplidos los requisitos formales, la Comisión Nacional de Valores comunicó a la sociedad que a partir del 7 de noviembre (fecha de la comunicación) quedaba perfeccionado el compromiso de apertura, "generándose todos los derechos y obligaciones que de él se derivan".

- Como vencido el término fijado en la Resolución 364 de agosto 30 de 1985, no se cumplió por parte de la sociedad el compromiso de apertura, en razón de no haberse efectuado la negociación impuesta sobre las acciones de tres accionistas, la Comisión Nacional de Valores mediante Resolución 00063 del 20 de febrero de 1986, declaró incumplido el compromiso de apertura, y ordenó que una vez ejecutoriada se comunicara a la Dirección de Impuestos Nacionales para lo de su competencia. Vale anotar que el representante legal no impugnó esta Resolución y, antes bien, al notificársele, renunció al término de ejecutoria.

- El Administrador de Impuestos Nacionales, con base en la facultades conferidas por los Artículos 12 de la Ley 9a. de 1983 y 12 del Decreto 1661 de 1983, expidió entonces la Resolución Nº 00094 de julio 4 de 1986 para exigir de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., el pago de la garantía, por la suma de $2'025.000., de acuerdo a la Póliza 39552 y modificación 32009, que respaldaba el cumplimiento del compromiso de apertura, incumplido por la sociedad LLOREDA PRODUCTOS DE HIERRO Y ACERO S.A., Resolución que fue notificada personalmente al representante legal de la sociedad.

- El representante de la sociedad interpuso recurso de reposición por la vía gubernativa que se resolvió con fallo adverso a sus pretensiones, mediante Resolución 0002 de enero 28 de 1987 del Administrador de Impuestos Nacionales, con la cual se agotó la vía gubernativa.

- Inconforme acudió ante la jurisdicción contenciosa administrativa en demanda de restablecimiento del derecho, contra las Resoluciones 00094 de julio 10 de 1986 y 0002 de enero 28 de 1987 del Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá, alegando violación del Decreto 1661 de 1983, Artículo 8º, 11 y 12, Artículo 1045 del Código de Comercio y 2o de la Resolución 161 de 1965 de la Superintendencia Bancaria.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las súplicas de la demanda al considerar que las pretensiones de la demanda y los motivos de impugnación, desbordan el contenido de los actos acusados, que están ceñidos en todo a las normas que se dicen vulneradas, pues una vez comunicado por la Comisión Nacional de Valores el incumplimiento del compromiso de apertura, lo que hizo el Administrador, fue cumplir con lo previsto en la primera parte del Artículo 12 del Decreto 1661 de 1983 en armonía con el Artículo 12 de la Ley 09 de 1983, inciso 4º.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad, apela porque estima que los aspectos solicitados en la demanda, sí están comprendidos dentro del acto acusado, porque si se decreta la nulidad sobre los actos impugnados, se hace nugatorio en sus efectos la Resolución 063 de 1986 de la Comisión Nacional de Valores, ya que ésta no causaría perjuicio ni obligación alguna a la sociedad demandante.

Que la segunda y tercera violación son pertinentes porque la Resolución 161 de 1965 de la Superintendencia Bancaria exige para el pago de la suma asegurada que se haya causado un perjuicio al asegurado, y en el caso *sub-judice* no lo hubo, porque el compromiso de apertura quedó supeditado a una condición rectora suspensiva, que por no ser de resorte o del dominio de la sociedad, no podía ser cumplida por éste, sino que, dependía de la voluntad de los socios, personas naturales capacitadas para el manejo de sus negocios, y que fallida la condición suspensiva exigida a terceros se considera que no ha existido vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor, e insiste en la presunta violación de los Artículos 11 y 12 del Decreto 1661 de 1983, Reglamentario de la Ley 9a. de 1983, del Artículo 1045 del Código de Comercio y 2º de la Resolución 161 de 1965 de la Superintendencia Bancaria.

OPOSICION DE LA ADMINISTRACION

El apoderado judicial del Director de Impuestos Nacionales, manifiesta que la Administración de Impuestos Nacionales al dictar las Resoluciones demandadas, tal como lo analizó y aprobó el Tribunal, no violó la ley, sino que por el contrario, dio fiel cumplimiento a la misma, y que la sociedad debió recurrir la Resolución de la Comisión Nacional de Valores porque esta era la única manera de desvirtuar lo dispuesto por las resoluciones de la Administración de Impuestos, que exigieron de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "CONFIANZA», el pago de la garantía contenida en la Póliza extendida a favor de la Administración.

Dice así mismo que los fundamentos de la apelación carecen de incidencia alguna con los hechos discutidos, al pretender la nulidad de unos actos sin exponer las razones legales que la justifiquen, atacando el efecto en lugar de la causa.

Por último alega que es irrelevante la afirmación de que ni la sociedad, ni los socios derivaron del compromiso de apertura beneficio fiscal alguno.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Fiscal Tercero de la Corporación estima que el Consejo de Estado debe revocar la sentencia del Tribunal en

cuanto deniega las súplicas de la demanda para modificarla en el sentido de que no es procedente el pronunciamiento de fondo porque:

"La Resolución Nº 00094 del 4 de julio de 1986 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, que es uno de los actos acusados, constituye una consecuencia forzosa y obligatoria de la Nº 063 del 20 de febrero de 1986, proferida por la Comisión Nacional de Valores; aquella providencia fue dictada por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá para dar cumplimiento a lo dispuestos por la expedida por la Comisión Nacional de Valores.

"En este caso, existe un verdadero acto complejo integrado por la Resolución Nº 063 del 20 de febrero de 1986 proferida por la mencionada Comisión y por las Resoluciones 0094 del 4 de julio de 1986 y 002 del 28 fe enero de 1987, que confirma a la segunda, expedidas, ambas, por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá por lo tanto, dadas la existencia del acto complejo y la circunstancia de que las Resoluciones Números 094 y 002 se fundamentan en lo dispuesto por la Nº 063, la demanda ha debido pedir a esta jurisdicción que anulara esas tres decisiones". (fls. 222 y 223).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son motivos fundamentales de la apelación:

1. El haber aceptado el Tribunal el concepto del agente del Ministerio Público, en el sentido de que los aspectos solicitado en la demanda, no están comprendidos en el acto acusado.

2. No haber aceptado la segunda y tercera violación planteadas, porque es claro que la Resolución 161 de 1965 Artículo 2º de la Superintendencia Bancaria exige para el pago de la suma asegurada, que se haya causado perjuicio al asegurado.

Con relación al primer punto, observa la Sala que las Resoluciones 00094 de julio 4 de 1986 y 002 del 28 de enero de 1987, tienen su fuente en la Resolución 063 del 20 de febrero de 1986 de la Comisión Nacional de Valores que declaró en su Artículo 1º, incumplido el compromiso de apertura autorizado previamente a la sociedad Lloreda Productos de Hierro y Acero S.A. mediante la Resolución 364 del 30 de agosto de 1985, siendo aquellas apenas su efecto legal.

Entonces, asiste razón tanto al *a-quo* como al Señor Fiscal en cuanto afirman que la demanda ha debido dirigirse contra el acto administrativo complejo, compuesto tanto por las Resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, como de las proferidas por la Administración de Impuestos

Nacionales, ya que si hipotéticamente se decreta la nulidad de tal declaratoria, no podría colegirse la exoneración a la actora de pagar la suma afianzada. Pues quedaría incólume la Resolución de la Comisión Nacional de Valores que declaró incumplido un compromiso garantizado, y la Administración tendría que dar cumplimiento a la ley exigiendo a la Sociedad Aseguradora de Fianzas "CONFIANZA S.A." el pago de la garantía. En este sentido asiste razón al Señor Fiscal en cuanto califica de inepta la demanda, lo que conduciría a un fallo inhibitorio.

No obstante, para desatar el planteamiento del apelante que considera que tal efecto no se produce, la Sala encuentra válido el del *a-quo* cuando afirma que el cargo de violación del Artículo 8º del Decreto Reglamentario 1661 de 1983, resulta impertinente, ya que en manera alguna los actos acusados versan sobre la solicitud para celebrar el compromiso de apertura, y que tampoco hay violación de los Artículos 11 y 12 del Decreto Reglamentario 1661 de 1983, porque declarado el incumplimiento del compromiso de apertura, era obligación del Administrador de Impuestos, aplicar la consecuencia imperativa prevista en la ley.

En efecto, la ley 9a. de 1983, Artículo 12, Inciso 4º, ordena:

> "La Administración de Impuestos Nacionales hará efectiva la garantía con fundamento en el informe que rinda la Comisión Nacional de Valores dando cuenta del incumplimiento del compromiso de apertura...".

En cuanto a los cargos de violación de los Artículos 1045 del Código de Comercio y 2º de la Resolución 161 de 1965, tampoco son procedentes ya que la Administración solo está dando efectividad a la ley al declarar la consecuencia derivada del incumplimiento de un compromiso previamente garantizado y el Artículo 1045 del Código de Comercio invocado como transgredido en la demanda se refiere a los elementos esenciales del contrato de seguro, hecho que no es de recibo en la presente oportunidad.

Es de entender que sí se efectuó un contrato llamado de compromiso de apertura, cuyo cumplimiento (interés asegurable), se afianzó en una Póliza de Garantía, para amparar el riesgo del incumplimiento, mediante el pago de un precio o prima y con la obligación del asegurador de pagar al asegurado, si se producía el incumplimiento del compromiso (obligación condicional del asegurador) se configuraron los elementos esenciales del contrato del seguro a que se refiere el Artículo 1045 del Código de Comercio, contrato que se perfecciona y prueba con la póliza suscrita y que obliga a ambas partes.

No es válido en este caso el planteamiento de la demanda de no haberse configurado un perjuicio económico al asegurado (Administración de Impuestos) en razón de no haber obtenido el beneficio fiscal del descuento tributario, pues es esta una circunstancia ajena al compromiso de apertura,

que permite que una persona jurídica pueda potencialmente beneficiarse de los incentivos tributarios creados por la ley para las sociedades anónimas abiertas, pues logrado el beneficio potencial, éste sólo se concreta cuando la sociedad efectivamente obtiene ingresos susceptibles de distribuirse a título de dividendos.

Tampoco el hecho de que los socios no soliciten o ameriten el cumplimiento de los requisitos legales o renuncien al reconocimiento del beneficio fiscal, es óbice para que pueda exigirse la póliza otorgada para garantizar la apertura de la sociedad.

Pues se trata de un seguro de cumplimiento en que el riesgo asegurado lo constituye el incumplimiento de las obligaciones que emanen de la ley o del mismo contrato de compromiso de apertura, y no por la no utilización de los descuentos tributarios a que eventualmente se tendría derecho.

En mérito de los 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:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DEL ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: La Sala previamente definió en el presente asunto, el cuestionamiento planteado sobre la existencia de Acto Complejo, diciendo: La demanda ha debido dirigirse contra el acto administrativo complejo, compuesto tanto por las Resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, como de las proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales, ya que si hipotéticamente se decretaba la nulidad de tal declaratoria, no podría colegirse la exoneración a la actora de pagar la suma afianzada, pues quedaría incólume la Resolución de la CNV que declaró incumplido un

compromiso garantizado, y la Administración tendría que dar cumplimiento a la ley exigiendo a la Sociedad Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. el pago de la garantía.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Exención. **MERCANCIA DE EXPORTACION. EXPORTACIONES**

Mientras el artículo 169 del Decreto 444/67, busca el desarrollo económico del país a través del fomento de las exportaciones y con el fin de hacer competitivos los precios de los productos del fomento de las exportaciones y con el fin de hacer competitivos los precios de los productos nacionales en el mercado internacional, prohibe tajantemente que los municipios y departamentos les impongan gravamen, evitando así, que los impuestos que internamente graven las mercancías o su tránsito, al incrementar su costo hagan nugatorio el objetivo propuesto. Tanto el Decreto 444/67 como la misma Ley 29/63 - artículo 4o - prohibe el gravamen para las mercancías de exportación, razón por la cual, el Concejo de Bogotá no podía consagrar una exención sobre lo que estaba prohibido gravar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 0206 Actor : SIDERURGICA Y METALURGICA SIME S.A. CONTRA DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. ASUNTOS MUNICIPALES - FALLO

Previa reconstrucción del proceso ordenada por Auto de junio 2 de 1989, oído el concepto del Fiscal, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Distrito Especial contra la sentencia

del 11 de abril de 1983, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accediendo a las súplicas de la demanda, anuló las Resoluciones Números 2089 del 24 de marzo de 1980 y 2447 del 21 de octubre del mismo año de la Junta Distrital de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá, dentro del proceso de restablecimiento del derecho que contra los mismos actos administrativos intentó la sociedad SIDERURGICA Y METALURGICA SIME S.A.

ANTECEDENTES

1. La Sociedad SIDERURGICA Y METALURGICA SIME S.A., solicitó con fecha 19 de noviembre de 1979 a la Junta Distrital de Hacienda el reconocimiento de la exención del impuesto de Industria y Comercio sobre las ventas al exterior o exportaciones efectuadas por la sociedad.

2. La Junta Distrital de Hacienda mediante Resolución 2089 del 24 de marzo de 1980, negó la exención solicitada, manifestando en sus considerandos que :

> "Si bien es cierto que existe el Decreto 444 de 1967, no es menos cierto que de conformidad con la reforma constitucional de 1968, en el Artículo 183 y 193 de la Constitución Nacional, se reiteró una vez más la autonomía patrimonial de los municipios desconociéndose de esta forma el régimen de prohibiciones y exenciones de carácter nacional".

3. Inconforme la sociedad interpuso recurso de reposición ante la misma Junta, que con el mismo considerando negó la exención mediante la Resolución 2447 de 1980, y confirmó la Resolución anterior, agotando así la vía gubernativa.

4. Por esta circunstancia, la sociedad acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, reiterando su derecho a la exención y alegando violación del Artículo 169 del Decreto 444 de 1967.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda y declaró nulas las Resoluciones 2089 y 2447 de 1980 de la Junta Distrital de Hacienda, considerando que si bien el Artículo 183 de la Constitución Nacional se refiere a la prohibición al Gobierno Nacional de exonerar de impuestos municipales o departamentales, no se refiere a las prohibiciones legales de gravar determinado hecho o sujeto con el impuesto, como la contenida en el Artículo 169 del Decreto 444 de 1967.

LA APELACION

La Representante Judicial de Distrito Especial, solicita se revoque la sentencia apelada, porque el objeto social de la compañía corresponde a actividades gravadas con el impuesto y porque el Acuerdo 8 de 1973, estableció que la Junta Distrital de Hacienda, no puede reconocer exenciones que no hayan sido decretadas por el Concejo de Bogotá, según los términos de la Ley 29 de 1963 y que como en ningún acuerdo se ha establecido que se reconozca lo dispuesto por el Artículo 169 del Decreto 444 de 1967, el cual se encuentra derogado tácitamente por el Artículo 54 del Acto Legislativo No 1 de 1968, se considera que no existen más exenciones que las establecidas por la Ley 29 de 1963, entre los cuales no existen exenciones a las exportaciones.

CONCEPTO DEL FISCAL

La Doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, Fiscal Sexto de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse porque :

> "Como bien lo anotó el Tribunal, el Artículo 183 de la Constitución Política proscribe las exenciones de impuestos de entidades territoriales por parte del Gobierno Nacional, pero no impide las prohibiciones que para imponer gravámenes puede establecer la ley, no sólo porque exención y prohibición en materia impositiva son diferentes como lo adujo el a-quo, sino porque a los vocablos "Gobierno Nacional" utilizados por el constituyente en el Artículo 183 no puede dárseles significado diferente al señalado por la propia Constitución Nacional que, en su Artículo 57, define que constituye Gobierno el Presidente de la República y el respectivo Ministro del Despacho o Jefe del Departamento Administrativo. Por otra parte como repetidamente lo ha sostenido la jurisprudencia, la facultad de los entes territoriales en materia de impuestos está subordinada a la ley, de manera que si la ley no permite que se imponga un gravamen, no puede válidamente el ente territorial desconocer la voluntad del legislador". (fl. 126).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Fundamenta la apelante su recurso en la derogatoria tácita del Artículo 169 del Decreto 444 de 1967 por el Artículo 54 del Acto Legislativo No 1 de 1968, y en la falta de autorización del Concejo Distrital para conceder exenciones como la aquí sostenida.

La sala, con el fin de precisar el hecho de la derogatoria alegada, procede a transcribir las normas supuestamente enfrentadas, no sin antes manifestar que el Decreto 444 de 1967, dictado por el Gobierno en virtud de precisas

facultades extraordinarias conferidas por la Ley 6a. de 1967, fijó su objetivo en el Artículo 1o, al disponer:

> "El régimen de cambios internacionales y de comercio exterior que este Decreto establece tiene por objeto *promover el desarrollo económico* y social y el equilibrio cambiario a través de los siguientes medios:
>
> "a) - *Fomento y diversificación de las exportaciones*; ...b)...c)...d)...e)...f)...". (subraya la Sala).

Para lograr el objetivo propuesto en el Literal a), el Capítulo X del Decreto, estableció los estímulos tributarios a las exportaciones y en la Sección Primera se estableció el sistema de certificado de abono tributario, algunas exenciones y expresamente en el Artículo 169 la prohibición a los departamentos y municipios de gravar en forma alguna la exportación o el tránsito de los bienes destinados a ella.

Dice así la norma:

> "ARTICULO 169.- Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación, ni sobre el tránsito de productos destinados a esta".

Por su parte el Acto Legislativo No 1 de 1968, que vino a ser el Artículo 183 de la Constitución Nacional, dispuso en su Artículo 54 :

> "Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos e impuestos de tales entidades".

El contexto literal de las normas transcritas permite establecer que mientras el Artículo 169 del Decreto 444 de 1967, busca el desarrollo económico del país a través del fomento de las exportaciones y con el fin de hacer competitivos los precios de los productos nacionales en el mercado internacional, prohibe tajantemente que los municipios y departamentos les impongan gravamen, evitando así, que los impuestos que internamente graven las mercancías o su tránsito, al incrementar su costo hagan nugatorio el objetivo propuesto.

Esta es una cuestión muy diferente a la protección que otorga el Artículo 54 del Acto Legislativo No 1 de 1968, a los bienes y rentas propias de cada departamento o municipio existentes, prohibiendo al Gobierno conceder exenciones sobre sus derechos e impuestos que por la ley les pertenezcan.

En manera alguna puede pretenderse como lo hace la recurrente, que la norma esté protegiendo derechos o impuestos inexistentes, dada la absoluta imposibilidad jurídica de su existencia ya que en virtud de la expresa prohibición de gravamen, impuesta por el Artículo 169 del Decreto 444 de 1967, preexistente al Acto Legislativo, no existía impuesto o gravamen a los bienes de exportación cuya propiedad pueda alegar el municipio.

Tampoco el Artículo 54 del Acto Legislativo No 1 de 1968, contiene, ni puede deducirse de su texto, una autorización para que los municipios y departamentos graven hechos económicos cuya imposición está expresamente prohibida en la ley por razones de orden económico y social del país. La norma contiene si la expresa prohibición al Gobierno Nacional de exonerar los derechos e impuestos ya establecidos y preexistentes cuyos titulares sean las entidades territoriales.

Para que exista o se de la prohibición de exonerar, debe partirse del supuesto lógico de la existencia previa del gravamen, pues no puede desgravarse lo que no está gravado.

En este orden de ideas para la Sala al Artículo 169 del Decreto 444 de 1967, no es incompatible con el 54 del Acto Legislativo No 1 de 1968, ni lo contraviene, como ya lo ha expresado en varias oportunidades.

Ahora bien, dispone la Ley 153 de 1887, en su Artículo 3o. :

"Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Como el caso *sub-judice*, se deduce de lo expuesto que el Artículo 169 del Decreto 444 de 1967, no contraviene el contenido del Artículo 54 del Acto Legislativo No 1 de 1968, que protege los derechos e impuestos existentes en los departamentos y municipios, no puede admitirse su insubsistencia, o derogatoria tácita como lo pretende la apelante en razón de la supuesta incompatibilidad.

Además, cuando la ley prohibe el gravamen, no se requiere permiso o Acuerdo del Concejo para su operancia, pues la misma ley y la lógica, enseñan que prima la norma superior; la tesis contraria implicaría que mandato o la prohibición legal estuvieran condicionados al Acuerdo municipal, lo que es contrario a nuestro ordenamiento.

Además tanto el Decreto ley 444 de 1967 como la misma Ley 29 de 1963, invocada por la apelante, en su Artículo 4o. prohibe el gravamen para

las mercancías de exportación, razón por la cual, el Concejo de Bogotá no podía consagrar una exención sobre lo que estaba prohibido gravar.

Dada la antigüedad de este proceso, la Sala aclara que obviamente el estudio se ha hecho con base en las normas invocadas por las partes y que regían en la época a la cual se refiere este litigio, todas las cuales han sufrido modificación inclusive el Artículo 183 de la C. N.

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:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

DESCUENTO TRIBUTARIO. DEROGATORIA TACITA

A juicio de la Sala, el artículo 9º de la Ley 9/83, al regular los descuentos especiales para las sociedades anónimas de manera diferente a como los regulaba el artículo 5º de la Ley 19/76, lo derogó tácitamente, tal como lo precisa el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, en el sentido de que la derogatoria tácita implica que la nueva ley y la anterior regulen una misma materia (en este caso el descuento) y que las disosiciones de aquélla sean opuestas a las de ésta (los requisitos para que proceda el descuento). La norma aplicable para el año gravable de 1983, era el artículo 9º de la Ley 9/83.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., julio trece (13) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente : *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 2330. Apelación sentencia Septiembre 23 de 1988, Tribunal del Tolima, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1983. Actor: Gaseosas Tolima S.A. FALLO.

La acreditada delegada del Jefe de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, interpone, en término, el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, de 22 de Septiembre de 1988, favorable a las súplicas de la demanda, proferida por

el Tribunal Administrativo del Tolima, en el juicio de restablecimiento promovido por la sociedad GASEOSAS TOLIMA S.A., respecto de actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1983.

Dichos actos, a saber, la liquidación de corrección No. 07 de 17 de Febrero de 1986 y la resolución Nº 60 de 21 de agosto del mismo año, se expidieron por la unidad de liquidación de la citada Administración Seccional.

Sobre el recurso, cumplido el trámite de instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES:

Mediante el acto liquidatorio, identificado, más específicamente, como de "Corrección aritmética", se habían modificado los ítems del impuesto a cargo del ejercicio y del anticipo por el siguiente, y aplicado una "Sanción por corrección", a partir del rechazo del "descuento especial (para) sociedades Anónimas", del 8%, que en cuantía de $304.167, había solicitado la contribuyente.

Las enmiendas se dijeron motivadas, en la ausencia de la certificación relativa al "cumplimiento de lo dicho en los arts. 9 de la ley 9 de 1983 y 16 numeral 49 del Dcto. 80/84", habiéndose anotado, además, que la primera de las indicadas disposiciones había "derogado tácitamente" el artículo 5o. de la ley 19 de 1976.

La resolución del recurso gubernativo, que confirmó íntegramente los conceptos y guarismos de la corrección, sostuvo, en lo fundamental, la obligatoriedad del aumento del capital social suscrito, por emisión de nuevas acciones, como presupuesto de admisibilidad del descuento tributario especial solicitado, con apoyo en los artículos 9º y 109 de la ley 9a. de 1983, que no solamente habrían derogado el artículo 5º de la ley 19 de 1976, citado por la reclamante, el cual no preveía el citado aumento de capital, sino que se encontrarían vigentes por 1983, el período ventilado.

LA DEMANDA CONTENCIOSA:

Tras la enunciación de la presunta infracción de las mismas normas anteriormente reseñadas, así como de los artículos 126 del decreto 1651 de 1961 y 49 del decreto 3803 de 1982, la demandante propone, como primer aspecto de la controversia por dirimir, el hecho de la desestimación del descuento especial.

Al respecto, se afirma en los supuestos de que, por una parte, el cuestionado artículo 5º de la ley 19 de 1976, "estuvo vigente hasta la expedición

de la ley 50 de 1984, que (lo) derogó en forma expresa"; y, por otra, dicho artículo 5ºy el 9º de la ley 9a. de 1983, "son normas diferentes que consagran descuentos tributarios también diferentes...", no tratándose, pues, a su entender, de preceptos incompatibles, a que entrañaran contradicción, por lo cual, la tesis de la "derogatoria tácita" resultaría equivocada e ilegal; aparte de que el artículo 109 de la ley 9a. de 1983, también citado por la Administración, no contenía referencia expresa alguna al que ésta dijo derogado, o sea, al artículo 5º de la ley 19 de 1976.

Por lo demás, que de la circunstancia de que el artículo 22 de la ley 50 de 1984 hubiera derogado expresamente el artículo 5º de la ley 19 en mención, debía inferirse que fue aquella ley, "la que con autoridad legislativa, definió que el artículo 5º de la ley 19/76, estuvo vigente hasta el 27 de diciembre de 1984, pues en otra forma no lo habría derogado...".

En lo que hace a la sanción aplicada, cuya índole asimila a la de inexactitud, niega la configuración de alguna de las hipótesis de ésta, conforme a los artículos 126 del decreto 1651 de 1961 y 49 del decreto 3803 de 1982, dado el derecho que le asistía para pedir el descuento tributario rechazado; y asume, que aún careciendo de tal derecho, porque se admitiera la tesis de la derogación implícita propugnada por la Administración, se estaría en los eventos del error de interpretación o de la diferencia de criterios, que excluirían la procedibilidad de la multa.

LA SENTENCIA APELADA:

El *a-quo* reduce el asunto en litigio a la cuestión de si, por el año gravable de 1983, el discutido, regía, o no, el artículo 51 de la ley 19 de 1976.

Con base en los principios consagrados, en los artículos 71 del Código Civil y 3o. de la ley 153 de 1887, en materia de la derogación de las leyes, no encuentra que dicho artículo 5º y el 9º de la ley 9a. de 1983, fueran incompatibles o inconciliables, entre sí, ni, por ende, que hubiera operado, contra aquél, la derogatoria tácita.

Advierte, en cambio, que mientras el primero incentiva la inversión de recursos financieros nacionales en las sociedades anónimas, el segundo estimula el aumento, por emisión de nuevas acciones, del capital de las mismas con prescindencia de la cuantía del capital suscrito o pagado, pero mediando el requisito común de que el 51%, o más, del capital suscrito, perteneciera a personas naturales o jurídicas colombianas.

Según esto, mantenida la composición del capital dentro de la porcentualidad indicada, la sociedad habría tenido derecho, desde 1976, al descuento tributario de la ley 19 y, en 1983 y siguientes, también al de la ley

9a., con tal que en estas últimas anualidades hubiera incrementado el capital suscrito, por emisión de nuevas acciones.

O, en una palabra, que para acceder al descuento del artículo 5o. de la ley 19, bastaba la comprobación del presupuesto de la porcentualidad; en tanto que para obtener el del artículo 9º de la ley 9a., se requería, a más de la anterior exigencia, mostrar el incremento del capital social.

Deriva de ello, que estando fundada, la solicitud del descuento discutido, en la primera de tales disposiciones, "no tenía por qué la Administración exigir el cumplimiento de requisitos que allí no se establecían y al haberlo hecho, violó la ley en este sentido...".

Coincide con la parte actora en preguntarse, por qué, si el artículo 9º de la ley 9a. de 1983 había dejado sin vigencia el artículo 5º de la ley 19 de 1976, el artículo 22 de la ley 50 de 1984 derogó expresamente éste.

La respuesta obvia, en su entender, sería la de que, para entonces, esto es, por la fecha en que se expidió la ley 50 de 1984, aún regía en su integridad el mismo.

Como consecuencia, admite los planteamientos de la accionante y procede a declarar la nulidad de la actuación administrativa impugnada, "sin que interese analizar otros aspectos relativos al caso, como sería si efectivamente había o no esa participación de capital nacional, porque ni por la vía gubernativa ni en este trámite, fueron cuestiones que se debatieron...".

EL RECURSO CONTENCIOSO:

Remite, en lo esencial, a lo expuesto por la parte opositora en la primera instancia del juicio, en punto a haber estado ceñida, la actuación administrativa atacada, "el mandato estricto de la ley" particularmente en cuanto tocaba con la derogación tácita del artículo 5º de la ley 19 de 1976, la consiguiente vigencia del artículo 9º de la ley 9a. de 1983, por este año, y el incumplimiento, por la contribuyente, de los requisitos de admisibilidad del descuento tributario solicitado.

Se expresan, asimismo, compartidos los argumentos de la Fiscalía del Tribunal Administrativo, en el sentido de que el artículo 22 de la ley 50 de 1984, se había limitado a derogar, "lo que queda vigente, a la fecha, del artículo 5o. de la ley (19) de 1976...".

Y se enfatiza en la circunstancia de que si, conforme al artículo 1º del decreto 187 de 1975, el período gravable es el mismo calendario, por el ejercicio fiscal de 1983, que es el controvertido, el precepto aplicable era el artículo 9º de la ley 9a. de 1983, cuya vigencia había empezado el 15 de

Junio de este año, teniendo en cuenta, además, que la declaración tributaria objeto de fiscalización, había sido presentada el 10 de Mayo de 1984.

De otra parte que, por 1983, "tampoco era viable tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 22 de la ley 50 de 1984, en virtud de que en las fechas antes mencionadas, es decir, cuando tuvo (sic) ocurrencia los hechos objeto de litis, esta norma no había nacido a la vida jurídica, la vigencia empezó a partir del 27 de diciembre de 1984...".

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Por la parte opositora, para coadyuvar el recurso a conocimiento de la Sala, concurre la doctora María Teresa Ariza Uricoechea, quien manifiesta hacer suyos, con miras a la prosperidad de aquél, tanto los argumentos de la apelante, como lo definido, en el punto, según concepto Nº 8097 de 10 de Abril de 1984, de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El concepto, a su turno, viene fundado en la circunstancia de que los decretos de emergencia económica 3746 de 1982 y 399 de 1983, con los que, al decir de la Dirección General impositiva, se quiso sustituir el primitivo régimen del descuento especial discutido, prescrito en el artículo 5º de la ley 19 de 1976, se hubieran declarado inexequibles, en sus respectivos numerales 1º y 2º, por lo cual, se afirma, éstos, especialmente el 2º del decreto 399 de 1983, se recogieron posteriormente por el artículo 9º de la ley 9a, de 1983, dentro de la "filosofía e intención" comunes de que el descuento especial no se concediera por simple composición de capital, como en la ley 19 de 1976 sino por incremento de éste, mediante la emisión de nuevas acciones.

El propósito que, en los mencionados decretos, inspiró la reforma, habría sido, pues, respaldado por el Congreso, y plasmado en la ley 9a. de 1983, "únicamente como solución jurídica al hecho de haber sido declaradas inconstitucionales algunas de sus normas por la Honorable Corte Suprema de Justicia: variar el sistema de incentivo para que las sociedades anónimas aumenten su capital de trabajo mediante la emisión de acciones y no mediante el creciente endeudamiento...".

De ello fluiría, "que el artículo 5º de la ley 19 de 1976 quedó implícitamente derogado por la ley 9a. de 1983, toda vez que se trata de normas contrarias...".

Por su lado, la actora, se abstuvo de alegatos adicionales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, en la hipótesis de que, de acuerdo con los artículos 71, inciso 2º, del Código Civil, y 3º de la ley

153 de 1887, la derogatoria tácita supone "que la nueva ley y la anterior regulen una misma materia y que las disposiciones de aquella, sean opuestas a las de ésta", discrepa de los razonamientos de la Administración y halla acertado, de suyo, los motivos del fallo apelado, el que pide confirmar.

Piensa, en efecto, que los artículos 5º de la ley 19 de 1976 y 9º de la ley 9a. de 1983, "no se refieren exactamente a una misma materia", porque, en el primero, el descuento se otorga a las sociedades anónimas cuyo capital muestra la composición allí establecida; mientras que, en el segundo, se exige que, además de lo anterior, se cumpla el requisito del incremento del capital suscrito mediante la emisión de nuevas acciones.

Concluye, pues, que no se configuró la derogación aducida por la Administración y que "la sociedad por acomodarse plenamente a las condiciones del primer precepto, tenía derecho al reconocimiento del descuento que consagra el mencionado artículo 5º...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Discrepa la Sala de los afirmado por su colaborador fiscal, en el sentido de que los artículos 5º de la ley 19 de 1976 y 9º de la ley 9 de 1983, "no se refieren exactamente a una misma materia", porque la materia regulada en las dos normas es justamente el descuento tributario, como estímulo a las sociedades anónimas.

Lo que sucede es que ese descuento, fue regulado con la exigencia de unos requisitos para su reconocimiento en el año de 1975 y con la de otros para el año de 1983.

En efecto, de conformidad con el artículo 5º de la ley 19 de 1976, para que se reconociera el descuento, los requisitos eran solamente que se tratara de una sociedad anónima en la cual el 51% o más del capital suscrito perteneciera conjunta o separadamente a entidades colombianas de derecho público, a empresas industriales y comerciales del Estado, a personas naturales colombianas y a sociedades en donde al menos un 51% de su capital sea de personas naturales colombianas o del Estado.

Y según lo dispuesto por el artículo 9º de la ley 9 de 1983, para que procediera dicho descuento, además de los requisitos anteriores, se debía comprobar un aumento del capital suscrito mediante la emisión de nuevas acciones.

Así que, a juicio de la Sala, el artículo 9º de la ley 9a. de 1983, al regular los descuentos especiales para las sociedades anónimas de manera diferente a como los regulaba el artículo 5º de la ley 19 de 1976, lo derogó tácitamente; tal como lo precisa el artículo 3º de la ley 153 de 1887, en el

sentido de que la derogatoria tácita implica que "la nueva ley y la anterior regulen una misma materia, (en este caso el descuento) y que las disposiciones de aquélla sean opuestas a las de ésta (los requisitos para que proceda el descuento).

De conformidad con lo anterior, la norma aplicable a la actora para el año gravable de 1983, era a juicio de la Sala, como lo dijo la Administración, el artículo 9º de la ley 9a. de 1983, el cual por lo demás, *expresamente* prescribe el régimen del descuento en cuestión para dicho año.

Finalmente, el argumento de que el artículo 5º de la ley 19 de 1976 solo fue derogado por la ley 50 de 1984, tampoco resulta válido ante el expreso mandato del artículo 9º de la ley 9 de 1983 que comienza diciendo "Para el período gravable de 1983..." y lo que hizo el legislador de 1984, fue precisamente poner fin a la confusión que se había creado con relación al citado descuento.

El recurso está pues llamado a prosperar, debiendo revocarse el fallo recurrido, en discrepancia con la vista de fondo del 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 de 22 de Septiembre de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el juicio de restablecimiento promovido por la sociedad GASEOSAS TOLIMA S.A., Nit,: 90.700.728 A, respecto del impuesto sobre la renta del ejercicio fiscal de 1983.

En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda y se declara en firme la liquidación de corrección # 07 del 17 de Febrero de 1986 y la Resolución # 60 del 21 de Agosto de 1986 de la Administración de Impuestos nacionales de Ibagué.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. GRAVAMEN ARANCELARIO. HECHO IMPONIBLE

En cuestión de impuestos, la consolidación de la situación tributaria tiene que ver con la causación material y formal del impuesto, la cual depende de la unificación del hecho imponible y la vigencia de le ley tributaria sustantiva. En el caso concreto de los gravámenes arancelarios y del impuesto sobre las ventas, se trata de tributos cuyo hecho imponible se materializa al momento de la importación y nacionalización de los productos, todo lo cual, tratándose de un tributo que no es de período, indica que se rigen por las normas vigentes al momento de su materialización o sea a la entrada del menaje al país y no puede alegarse como se hace en la demanda, que se rigen por las normas vigentes al momento de su adquisición en el extranjero, lo cual implicaría, además, la extraterritorialidad de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., julio trece (13) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación Nº. 2129. Acción de Nulidad de apartes de los artículo 3º y 12 del Decreto 2057 de 1987, proferido por el Gobierno Nacional. Actor : Fernando Martínez Rojas. FALLO

Procede la Sala a dictar sentencia en el juicio de nulidad instaurado por Fernando Martínez Rojas contra apartes de los artículos 3º y 12 del Decreto 2057 de 1987 del Gobierno Nacional.

LAS NORMAS DEMANDADAS:

Articulo 3º Decreto 2057 de 1987.

"Artículo 3º. Además de lo previsto en el artículo 2º del presente Decreto, los viajeros que ingresen al país después de una permanencia continua en el exterior de quince (15) días calendario o más, tendrán derecho a traer como equipaje acompañado, no acompañado o ambos, sin registro o licencia de importación *hasta por un valor total o equivalente a mil dólares americanos (US $1.000)*, y con pago de los derechos correspondientes, artículos de uso personal o doméstico, artículos deportivos o equipo propio del arte u oficio del introductor.

"PARAGRAFO 1º. Al amparo de este artículo no podrá introducirse más de seis (6) unidades de la mercancía de uso personal, ni más de una (1) unidad de la misma especie cuando se trate de artículos de uso doméstico, deportivo o equipo propio de un arte u oficio.

"PARAGRAFO 2º. Con excepción de los artículos cuyas posiciones arancelarias se relacionan a continuación, no podrá formar parte del equipaje, el material de transporte comprendido en los capítulos 86, 87, 88 y 89 del Arancel de Aduanas:

		Cantidad
"87.10.00.01	Bicicletas con ruedas hasta de 50 cm. de diámetro exterior.	Una (1) unidad
"87.10.00.09	otras bicicletas	Una (1) unidad
"87.11.00.00	Sillones de ruedas y vehículos similares para inválidos	Una (1) unidad
"87.13.01.01	Coches para el transporte de niños	Una (1) unidad

"PARAGRAFO 3º. La introducción de las mercancías señaladas en este artículo solo podrá efectuarse por una misma persona una sola vez cada año. La transgresión de lo aquí dispuesto acarreará el decomiso administrativo de las mercancías".

"Artículo 12.- Los no residentes en el país que ingresen al territorio nacional para fijar su residencia en él, tendrán derecho a introducir al momento de su ingreso sin registro o licencia de importación, los efectos personales y el menaje doméstico correspondiente a su unidad familiar. *El menaje estará sujeto al pago de los gravámenes arancelarios*, el impuesto del 18% sobre las importaciones previsto en el artículo 95 de la Ley 75 de 1986 *y el impuesto sobre las ventas correspondientes.*

"PARAGRAFO. Para el ejercicio del derecho aquí previsto, se entiende como no residente la persona que al momento de su llegada al país, demuestre haber permanecido en el exterior durante los (2) años inmediatamente anteriores a la fecha de llegada al país. Este término sólo podrá haberse interrumpido por una sola vez y hasta por un máximo de treinta (30) días calendarios consecutivos, como máximo en cada año".

Los apartes subrayados son el objeto de la demanda.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

El actor cita como normas violadas los artículos 30, 31, 43, 55, 120 ordinal 22 de la Constitución Nacional, la ley 67 de 1979, la ley 48 de 1983 y los artículos 4, 765 y 768 del Código Civil.

Afirma que se viola el artículo 30 de la Constitución Nacional porque las normas demandadas se les da efecto retroactivo y violan derechos adquiridos con base en normas anteriores; el artículo 31 porque consagra privilegios a los exdiplomáticos y exfuncionarios del cuerpo consular; el artículo 120 ordinal 22 por extralimitación de funciones; y las leyes 67 de 1979 y 48 de 1983 por aplicación indebida porque nada las vincula con la materia regulada con el decreto demandado.

Anota el actor que la ley 79 de 1931 y el Decreto 3028 de 1979 prescribió la exención de derechos de importación sobre su menaje doméstico, para los colombianos domiciliados en el país o en el extranjero que regresen después de una ausencia temporal no menor de un año, sin haber desempeñado cargo diplomático o consular.

ARGUMENTOS DE LA PARTE OPOSITORIA:

La apoderada de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en argumentos que la Sala sintetiza así:

- El actor confunde "el pago de impuestos en el momento de adquirir los bienes en el exterior, con los impuestos que nacen de la obligación tributaria la cual se materializa en el momento del ingreso de mercancías al país" y

afirma que la norma demandada se aplica retroactivamente ya que al momento de adquirir el menaje regía otra norma, pero sin analizar en qué momento nace la obligación tributaria y sin tener en cuenta que las normas rigen hacia el futuro, especialmente las de comercio exterior.

- El decreto 2057 de 1987 rige para las importaciones de menajes y equipajes a partir de su vigencia ya que los tributos se causan con motivo de la importación y no en el momento de la compra en el exterior.

- El beneficio que otorga el artículo 20 del Decreto 2057 de 1987 a los funcionarios o exfuncionarios que regresan del exterior se basa en que el funcionario es enviado por el gobierno nacional y permanece allí, hasta que éste lo decida.

- Los equipajes y menajes de quienes no eran funcionarios no gozan de dicho beneficio.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Por su parte, el actor alega de conclusión y afirma que la norma no distingue entre los residentes que fueron del país antes de su vigencia y los no residentes que lo hagan a partir de su vigencia, razón por la cual quienes hayan salido del país a partir del 30 de Octubre de 1987 tienen el mismo régimen aplicable a quienes salieron antes de dicha fecha quienes tenían el derecho de traer su menaje libre de gravámenes arancelarios e impuesto a las ventas.

Por lo anterior precisa que el artículo 12 del Decreto 2057 de 1987 es retroactivo y violatorio de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes vigentes para la época de quienes viajaron antes de la vigencia de la norma atacada.

Insiste en que esos derechos adquiridos se *consumaron* al momento de cumplirse el tiempo exigido para permanecer en el extranjero y se materializan al regresar al país y no pagar gravámenes arancelarios, ni impuesto a las ventas.

Desiste de su pretensión de anulación de alguna parte del artículo 3º del decreto 2057 de 1987 y solicita se anule el aparte demandado del artículo 12 *ibídem*

Por su parte, la señora apoderada de la Nación se opone a la prosperidad de la demanda e insiste en los argumentos planteados al contestar la demanda.

CONCEPTO FISCAL:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación considera que las peticiones de la demanda no pueden prosperar, con base, en síntesis en lo siguiente:

- Por tratarse de una acción de nulidad no es procedente el desistimiento de pretensiones que hizo el actor en su alegato de conclusión.

- Las normas demandadas no desconocen el artículo 30 de la Constitución Nacional: porque el aparte del artículo 3º del Decreto 2057 de 1987 no se refiere al menaje de colombianos que regresan al país después de una ausencia de un año, sino al equipaje de viajeros que ingresan al país después de una permanencia continua en el exterior de quince días calendario o más.

Y en cuanto al artículo 12 impugnado precisa que los derechos adquiridos que garantiza el artículo 30 de la Constitución Nacional son los "adquiridos" con arreglo a las leyes civiles que regulan las relaciones entre particulares y que por derecho se entiende la situación jurídica consolidada y no las meras expectativas de manera que la irretroactividad de la ley protege no la contingencia sino el derecho ya concretado.

- La ley fiscal pertenece al imperio impositivo del Estado o sea que tiene un rango superior a las leyes civiles.

- En materia de impuestos la consolidación de la situación tributaria tiene que ver con la causación material y formal del tributo, que depende de la verificación del hecho imponible y la vigencia de la ley tributaria sustantiva, coincidentes en el tiempo cuando se trata de impuestos que no son de período, como los arancelarios y el impuesto sobre las ventas, los cuales gravan el consumo que se presume cuando el hecho generador que lo es la importación y nacionalización se verifica, de manera que materialmente se causan con la introducción de la mercancía al país y se rigen por la ley vigente al momento de su causación.

- Anota que no se da la alegada violación del artículo 31 de la Constitución Nacional ya que las normas demandadas no se refieren a exdiplomáticos ni a exfuncionarios del cuerpo consular.

- Finalmente afirma que:

"No explica el acusante en qué forma los artículos impugnados violan estas leyes citadas en forma genérica. Por el contrario, el mismo accionante dice que nada vincula la materia en ellos regulada a lo dispuesto por estas leyes. Si lo que quiso el demandante fue impugnar la cita que de estas leyes se hizo en el preámbulo del decreto 2057, ha debido señalar la disposición legal o constitucional que fue vulnerada con la cita y ello no ocurrió".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El argumento central de la demanda se refiere a que según el Decreto 3028 de 1979 se creó para los ciudadanos colombianos, domiciliados en el país o en el extranjero, que regresen después de una ausencia temporal no menor de un año en el exterior, sin desempeñar cargo diplomático o consular en la república, el derecho adquirido a que su menaje doméstico quedaría libre de impuestos de importación al llegar al país a establecerse permanentemente en él la norma impugnada al establecer la obligación de pagar gravámenes arancelarios e impuesto sobre las ventas, desconoce es el derecho adquirido desde el momento de cumplir un año en el exterior, lo cual además implica su aplicación retroactiva.

No comparte la Sala el anterior planteamiento, toda vez que en cuestión de impuestos, como bien lo anota la Señora Fiscal en su vista de fondo, la consolidación de la situación tributaria tiene que ver con la causación material y formal del impuesto, la cual depende de la unificación del hecho imponible y la vigencia de la ley tributaria sustantiva.

En el caso concreto de los gravámenes arancelarios y del impuesto sobre las ventas, que son los regulados por la norma demandada, se trata de tributos cuyo hecho imponible se materializa al momento de la importación y nacionalización de los productos, todo lo cual, tratándose de un tributo que no es de período, indica que se rigen por las normas vigentes al momento de su materialización o sea a la entrada del menaje al país y no puede alegarse como se hace en la demanda, que se rigen por las normas vigentes al momento de su adquisición en el extranjero, lo cual implicaría, además, la extraterritorialidad de la ley.

Por ello, no puede afirmarse que se desconozcan derechos adquiridos, ni que se está dando aplicación retroactiva a la ley.

Precisa la Sala que el artículo 30 de la Constitución Nacional, se refiere a derechos adquiridos de conformidad con normas civiles y no puede, por lo tanto, invocarse para pretender el desconocimiento de decisiones propias del Estado, a través de los cuales se establecen normas de carácter general como las relacionadas con la imposición de tributos.

Llama la atención de la Sala el planteamiento hecho por el actor con relación a la violación del artículo 31 de la Constitución Nacional, porque se establecen privilegios en favor de exdiplomáticos y exfuncionarios del cuerpo consular, ya que dichas normas no regulan la situación de estos servidores del Estado.

Y con relación a la extralimitación de funciones que según el actor, implica la violación del ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional

por el desconocimiento de los artículos 30 y 31 *ibídem*, como ésta no se configura, tampoco resulta válido su planteamiento.

En cuanto al demandado aparte del artículo 3º, respecto del cual el actor desistió, se observa que dicha norma no puede ser violatoria de las citadas como vulneradas, toda vez que no se refiere a personas que hubieren permanecido un año o más en el exterior, sino a quienes se hubieran ausentado por 15 días.

Por todo lo anterior, concluye la Sala, que los apartes demandados del Decreto 2057 de 1987, no violan ninguna de las normas superiores invocadas en la demanda y por ello sus pretensiones no pueden 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:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. FOCINE - Facultades. **IMPUESTO A CINEMATOGRAFIA**

El Gobierno tenía no sólo la facultad, sino también la obligación de reglamentar la Ley 55/85, con miras a su cumplida ejecución, facultad y obligación que deben desde luego ser realizadas dentro de los parámetros legislativos que la norma reglamentada haya establecido. El Gobierno no desplazó al legislador en el presente caso en la expedición de normas tributarias. No es correcta la afirmación de que el Gobierno al expedir el decreto reglamentario acusado (1869/88), al disponer que Focine es la entidad encargada de administrar el tributo del 16% cuestionado, que por cierto se recuerda, así lo conceptuó la Corte, haya cambiado la destinación dada por la ley al producido de dicho impuesto, que también se recuerda, es la de utilizarse en el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., trece (13) de julio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente Nº. 2328. Autoridades Nacionales Actor : Pedro Nel Escorcia Castillo. Acción de Nulidad con solicitud de suspen-sión provisional contra el decreto No. 1869 de 12 de septiembre de 1988. FALLO.

Decide la Sala la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad con solicitud de suspensión provisional formuló ante esta Corporación el ciudadano

PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO, contra la totalidad del Decreto Reglamentario No. 1869 del 12 de septiembre de 1988, expedido por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Comunicaciones.

LA NORMA ACUSADA

El decreto demandado, sobre el cual se pidió también la suspensión provisional, consta de 31 artículos y fue publicado en la edición del Diario Oficial del 13 de septiembre de 1988 número 38499, un ejemplar de la cual obra en el expediente por haber sido acompañado por el demandante. Dicho decreto, que tiene el carácter de reglamentario presenta el siguiente encabezamiento:

> DECRETO 1869 DE 1988
>
> (12 de septiembre de 1988)
>
> Por el cual se reglamenta la Ley 55 de 1985, en relación con el recaudo y pago al Tesoro Nacional del Impuesto establecido por el art. 15 de la mencionada Ley.
>
> EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le otorga la Constitución Nacional, art. 120 numerales 3 y 11, el Decreto-Ley 129 de 1976 y la Ley 55 de 1985,"

LA DEMANDA

Se acusa al Decreto No. 1869 de 1988 de ser violatorio de los artículos 43, 76 numerales 1 y 12 por cuanto el Ejecutivo hizo uso de facultades extraordinarias que aún no le habían sido otorgadas por el Congreso y en esa medida suplantó al Legislador en su facultad de interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes y en su facultad de imponer contribuciones al autorizarle a FOCINE el recaudo, la .liquidación y el control del impuesto del 16%. Además, se violó el artículo 120 numeral 3 de la Constitución Nacional ya que por una parte el Presidente de la República ejerció una potestad que no fue concedida por la Ley 55 de 1985 al destinar el 16% de impuesto a Focine cuando ésta última solo le confirió 8.5 puntos del 16% del gravamen, razón por la cual también se vulneran los artículos 120, numeral 11 y 207 de la Constitución Nacional. Por otra parte, revivió en su totalidad el Decreto Ley 2529 declarado inconstitucional por la H. Corte Suprema de Justicia, violando el artículo 158 del C.C.A..

También se encuentra violado en su totalidad el Decreto Ley 129 de 1976, por el cual se reorganiza el Ministerio de Comunicaciones, ya que, en ninguno de sus artículos se autoriza al Ministro respectivo para fijar impuestos,

determinarlos, recaudarlos o liquidarlos ni tampoco para que reasigne una parte de un impuesto a una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Finalmente se violó el artículo 15 de la Ley 55 de 1985, por cuanto, ésta ley sólo destina a FOCINE 8.5 puntos del gravamen del 16% y la destinación del 7.5 restante fué declarada inexequible por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de septiembre de 1986, y el Gobierno quiso llenar ese vacío jurídico con la expedición del Decreto 1869 de 1988.

COADYUVANCIA

El doctor Carlos Alberto Navia Raffo presentó escrito solicitando que se tenga como parte coadyuvante en el proceso, por considerar que el Decreto viola ostensiblemente los artículos 32, 38, 55, 59, 60 y118-8 de la Constitución Nacional y los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976. Además, el Decreto acusado reproduce normas suspendidas al disponer del 7.5 del 16% restante del impuesto, ya que por una parte, el Decreto 131 de 1987 fue suspendido provisionalmente por la Sección Primera del H. Consejo de Estado y por otra, la destinación que hizo la ley fue declarada inexequible y sólo otra ley podría destinar ese 7.5 nuevamente.

Por último, se considera que el Decreto acusado reproduce normas inexequibles por cuanto todo lo relativo al período fiscal, a las declaraciones tributarias, a los registros contables, a las pruebas, al recaudo, al giro y pago del impuesto, a los procedimientos aplicables, a la responsabilidad etc., pertenecen al Decreto 2529 de 1987, el cual fue declarado inexequible por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de julio de 1988.

IMPUGNACION

El doctor Bernardo Ortiz Amaya, apoderado del Ministerio de Comunicaciones, presentó escrito oponiéndose a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

En primer lugar, de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia se infiere que el gravamen del 7.5 no fue declarado inexequible, sino su destinación en beneficio de particulares, quedando vigente dicho gravamen para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica.

En segundo lugar, el Gobierno consideró que era FOCINE la entidad encargada del recaudo del impuesto, ya que todo él estaba destinado al fomento cinematográfico. Además en la sentencia de 29 de julio de 1988, la H. Corte Suprema de Justicia consideró que la única entidad autorizada para administrar el impuesto al fomento cinematográfico era FOCINE y por ese criterio se declaró inexequible el Decreto 2529 de 1987, por cuanto las facultades extraordinarias estaban concedidas únicamente para las actividades que realiza

la Dirección de Impuestos Nacionales, y en este caso el impuesto había sido adscrito a otro organismo.

De otra parte, propone el demandado la excepción de inepta demanda, ya que a lo largo de ésta, el actor no relaciona las normas constitucionales que considera violadas con los artículos respectivos de Decreto acusado, como lo exige la técnica procesal en las acciones de nulidad por violación de normas constitucionales.

Con relación a las violaciones del Decreto Ley 129 de 1976, no se determinó el artículo o artículos violados, ni se señaló cuales normas del decreto acusado vulneran el Decreto que reorganizó al Ministerio de Comunicaciones.

Finalmente plantea el demandado que la H. Corte Suprema de Justicia dejó viva la totalidad del impuesto y solamente declaró inexequible la destinación de parte del mismo a favor de particulares, y el Gobierno lo que hizo fue establecer, en el Decreto reglamentario, los procedimientos necesarios para que FOCINE pudiera recaudar, determinar, administrar, discutir y cobrar el impuesto, con base en las facultades constitucionales del Presidente para vigilar la exacta recaudación y administración de las ventas y caudales públicos.

CONCEPTO FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero del Consejo de Estado, profirió concepto solicitando a la Sala que se pronunciase en sentencia inhibitoria por considerar que la demanda presentada fué insuficiente y defectuosa por cuanto se dejó llevar por la acusación general indisciplinada contra todo el contexto del cuerpo legal y olvidó la naturaleza rogada del Contencioso Administrativo, fallas que trataron de ser suplidas por el escrito presentado por el coadyuvante, pero que, "no le es dable al interviniente suplicar esa deficiencia para convertirse en demandante principal, sustituir a éste y alterar la individualización de la pretensión en forma sustancial y de manera tal que se le habilite para variar la pretensión misma. Por estas razones el proceso no puede concluir con sentencia de mérito, por cuanto, la demanda misma no debió sufrir el trámite del juicio y la coadyuvancia no le puede sustituir ni remediar sus defectos, ya que, considera la fiscalía, el coadyuvante nunca puede ser parte principal ni aún en las acciones de nulidad; la pretensión del principal no puede verse variada, alterada, ampliada o restringida por el coadyuvante; el fundamento de las pretensiones tampoco puede ser reformado por el coadyuvante, dada la naturaleza intrínseca de su posición dentro del proceso como parte meramente secundaria; y la única pieza procesal que marca el ámbito de actuación del juez es el escrito inicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se demandó y se pidió la suspensión provisional de la totalidad del articulado del decreto No. 1869 de 1988 "por el cual se reglamenta la ley 55 de 1985, en relación con el recaudo y pago al Tesoro Nacional del impuesto establecido por el artículo 15 de la mencionada ley".

Como se dejó descrito al narrar los antecedentes del caso, la demanda invoca como normas violadas las siguientes: "a) Artículo 43. Constitución Nacional". "b) Artículo 76 Numeral 1o." (Constitución Nacional, supone la Sala). "c) Art. 76 numeral 12". (de la Constitución Nacional, supone la Sala). "Art. 120 Numeral 3o. Constitución Nacional". "e) Art. 207 Constitución Nacional" y además: La totalidad del decreto ley 129 de 1976, el artículo 158 del decreto 01 de 1984 y el artículo 15 de la ley 55 de 1985.

La suspensión provisional no fue decretada y esta decisión del Consejero Ponente se confirmó por la Sala de Decisión ya que fue suplicada tanto por el actor, como por el coadyuvante doctor Carlos Alberto Navia.

La norma acusada, cuyo fin es como se dijo en su epígrafe, reglamentar el recaudo de un impuesto creado por el artículo 15 de la ley 55 de 1985, consta de 31 artículos, todos los cuales son objeto de la censura y constituyen la materia anulable en cuanto según el *petitum* de la demanda agravian las disposiciones superiores que se invocan como tales.

Inicialmente quiere destacar la Sala que existe grande dificultad para avocar el estudio de esta demanda, generada en la forma como se plantearon las pretensiones en el libelo, ya que ellas dicen relación con la globalidad de un decreto reglamentario cuyo texto alcanza los 31 artículos. Ello determina que no se puede establecer qué normas de las acusadas violan cuáles de las que se invocan como transgredidas o si todas aquellas vulneran a todas éstas. Esta imperfección de la demanda aparentemente trata de ser remediada por el coadyuvante, cuando al interponer el recurso de súplica contra el auto que denegó la suspensión provisional de las normas demandadas, señala en concreto algunos artículos del decreto como violatorios de normas legales y constitucionales que también se mencionan específicamente como agredidas por aquellos, a la vez que introduce como normas objeto del agravio otras no mencionadas en el libelo de demanda.

En relación con estos aspectos, que son glosados tanto por el opositor en sus diferentes alegatos, como por la fiscalía en su documentada vista de fondo, el primero para solicitar sentencia inhibitoria por la ineptitud de la demanda (en lo que concuerda con la fiscalía), y el segundo para conceptuar que no debe ser tomado en cuenta el escrito del coadyuvante, particularmente en cuanto introduce en el debate razones de anulación no planteadas por el demandante, la Sala los comparte parcialmente y por ello, aunque anotando,

como queda hecho, los defectos de la demanda, estima que no obstante ellos, deberá pronunciarse emitiendo fallo de fondo por cuanto existen elementos de acusación que así lo ameritan. En cambio, fijará para su análisis los términos de la contienda dentro de los parámetros señalados por el actor en su demanda y hará caso omiso de las nuevas razones de anulación que plantea el coadyuvante en el memorial introducido para suplicar el auto que denegó la suspensión provisional.

También es pertinente precisar, inicialmente, que la sentencia de la Corte, que anuló los incisos 3o. y 4o. del artículo 15 de la ley 55 de 1985, para nada afectó la existencia del impuesto del 16% sobre el valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición de películas, el cual se creó mediante el inciso 1o. de la norma citada, la que por cierto también señaló la destinación del referido tributo, establecido "para el fomento de la industria cinematográfica colombiana". Los incisos anulados por la Corte se ocupaban en señalar una distribución específica de una parte de dicho impuesto (7.5 puntos) en favor de productores, distribuidores y exhibidores de cortometrajes nacionales y de productores de largometrajes nacionales. Fue precisamente ello, el hecho de que se distribuyera esa parte del impuesto directamente a personas particulares, la causa que determinó la sentencia de inexequibilidad.

El motivo fundamental de la acusación radica en la violación de los artículos 43; 76, numerales 1o. y 12; 120, ordinales 3o y 11; y 207, todos de la Constitución Política y el argumento central de la demanda se desenvuelve sobre el supuesto de que, producida la sentencia de la Corte antes comentada, el Gobierno carecía de atribuciones para reglamentar lo concerniente al recaudo y demás pormenores relativos a los 7.5 puntos cuya distribución regulaban los incisos anulados, asumiéndose por el demandante que la sentencia aludida, en la práctica había dejado sin vigencia en dicha proporción el impuesto creado por el inciso 1o. del artículo 15 de la ley 55 de 1985. Se apoya el demandante en argumentaciones tales como la de afirmar que se creó un vacío legislativo en dicho aspecto y que llenarlo era función de la ley, por lo que hacerlo mediante decreto reglamentario implicaba que el Gobierno usurpara la función legislativa.

No comparte la Sala la apreciación del demandante ya que como se precisó antes, la ley reglamentada contiene en su texto, aún después de la anulación parcial decretada por la Corte, suficiente materia legislativa reglamentable relacionada con el tributo del 16% cuestionado, como para que sobre ella se desarrolle el mandato que la Constitución le otorga al Presidente de la República de reglamentar y de ejecutar la ley, amén de que en el campo de los impuestos, en particular, el Presidente tiene la facultad constitucional de "velar por su exacta y oportuna recaudación" (Numeral 11, art. 120 Constitución Política). Ya se dijo que la sentencia de la Corte dejó subsistentes todos los elementos esenciales del tributo a que se refiere el artículo 15 de la ley 55 de 1985, a saber: a) su creación o establecimiento por

medio de la ley (...créase un gravamen...) b) su tarifa ("...del 16%..."); c) su finalidad o destino ("... el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica..."); d) su objeto gravado ("... el valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica...") y e) la fecha de iniciación de la causación ("... se cobrará a partir de la vigencia de la presente ley..."). Así mismo se deduce claramente de la redacción de la norma legal comentada que los sujetos pasivos del referido impuesto son los espectadores, esto es, las personas que adquieren las boletas de entrada para asistir a las exhibiciones cinematográficas, los cuales deben pagar la tarifa fijada en la ley (16%), como también se advierte que fué la intención del legislador designar a Focine como entidad responsable de la administración del tributo. Por lo demás , en relación con este último aspecto es conveniente destacar que la Corte Suprema de Justicia, al fallar la demanda que se entabló contra el decreto ley 2529 de 1987 "por el cual se dictan normas para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión del impuesto de que trata el artículo 15 de la ley 55 de 1985", conceptuó que este decreto había excedido las facultades de la ley 75 de 1986, ya que ellas se otorgaron con relación a los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, al paso que este impuesto era administrado por Focine. Por tanto el argumento de que Focine no tiene atribución legal para la administración del impuesto en relación con todo su producido, a la tarifa del 16%, carece de asidero.

En definitiva, pues, estima la Sala que el Gobierno tenía no solo la facultad, sino también la obligación de reglamentar la ley con miras a su cumplida ejecución, facultad y obligación que deben desde luego ser realizadas dentro de los parámetros legislativos que la norma reglamentada haya establecido. Como desde este punto de vista, la norma acusada encuentra respaldo en la norma legal que se dice reglamentada, no es de recibo la acusación de la demanda en el sentido de que el gobierno haya desplazado al legislador y expedido normas con fuerza de ley en materia tributaria, con violación de lo previsto en el artículo 43 de la Carta Política.

Para una mejor comprensión de las apreciaciones en torno a que el gobierno si tenía, en el artículo 15 de la ley 55 de 1985 materia reglamentable, y que el reglamento contenido en el decreto acusado no desborda los linderos legales, aún después de producida la sentencia de inexequibilidad de la Corte que eliminó dos de sus incisos, procede la Sala a copiarlo, tal como hoy rige:

"Para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana, créase un gravamen del dieciséis por ciento (16%) del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, el cual se cobrará a partir de la vigencia de la presente ley".

"Ocho y medio puntos (8.5) de estos dieciséis (16) ingresarán a una cuenta especial denominada Fondo de Fomento Cinematográfico, la cual será administrada por la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, en los términos que señale el Gobierno. La porción que se reasigna de los ingresos del Fondo se utilizará exclusivamente para el financiamiento de programas culturales y artísticos."

"PARAGRAFO.- Al Fondo que por esta ley se crea ingresarán los recursos del actual Fondo de Fomento Cinematográfico que administra la Compañía de Fomento Cinematográfico, "FOCINE".

Las razones anteriormente dichas sirven para refutar el cargo de violación del artículo 76, numeral 12 de la Constitución Política, que con evidente carencia de técnica formula la demanda, por cuanto dicha norma solo puede ser violada por el Presidente de la República, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en infinidad de sentencias, en unidad con el numeral 8o. del artículo 118 de la Constitución, cuando el Presidente, revestido por el Congreso de la República de facultades extraordinarias para legislar en determinada materia, expide los decretos con fuerza de ley por fuera del límite temporal señalado para el ejercicio de dichas facultades o excede la materia sobre la cual versa la correspondiente autorización. Como se ve, no es este el caso y si lo fuera, por no ser reglamentario el decreto acusado, sino legislativo, la competencia para el juzgamiento de su constitucionalidad por las violaciones endilgadas sería de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia.

Al resolver sobre la petición de suspensión provisional fue necesario emitir pronunciamiento sobre la supuesta violación del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, que prohibe a las autoridades administrativas reproducir en su esencia los actos administrativos que hayan sido anulados o suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La violación alegada se hace consistir en el hecho de que al ser declarado inexequible por la Corte del decreto ley 2529 de 1987, que se refería a temas relacionados con el tributo creado por la ley 55 de 1985, el Gobierno no podía entrar a reglamentar dicha materia por cuanto ello significaba caer en la reproducción vitanda a que se refiere la norma legal que se predica violada. Busca ahora, para rebatir el argumento que se analiza rememorar lo dicho por la Sala Unitaria en el auto de 10 de marzo de 1989 visible a folio 71 y siguientes del expediente, para reafirmar que en este caso, así el decreto acusado fuera reproducción material del declarado inexequible por la Corte, no se dan los supuestos normativos de hecho y de derecho que la norma que se dice agraviada, exige para considerar que existe reproducción ilegal de acto administrativo anulado o suspendido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El cargo no tiene, pues, prosperidad.

En cuanto a la alegada violación del artículo 120,-ordinal 3o., que se hace consistir por el demandante en que se hizo uso por el Presidente de unas facultades que el legislador no le había concedido, se tiene que ella no puede prosperar tampoco, ya que como se dijo anteriormente, el Presidente al expedir el decreto acusado no estaba haciendo uso de facultades extraordinarias sino de las constitucionales propias de reglamentación y ejecución de la ley, las cuales facultades fueron ejercidas, ya que no existe demostración en contrario en el expediente, dentro de los parámetros legislativos establecidos por el artículo 15 de la ley 55 de 1985, disposición objeto de la reglamentación.

Se dijo también atrás, que de conformidad con el artículo 120 numeral 11, de la Constitución Política, es función del Presidente cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y que desde luego, dicha función constitucional también sirve de soporte jurídico al decreto demandado, por lo que, en consecuencia, habrá la Sala de desestimar el cargo propuesto por la demanda sobre violación de la citada norma constitucional. No es correcta por lo demás, la afirmación de que el gobierno al expedir el decreto reglamentario citado, al disponer que Focine es la entidad encargada de administrar el tributo del 16% cuestionado, que por cierto se recuerda, así lo conceptuó la Corte, haya cambiado la destinación dada por la ley al producido de dicho impuesto, que también se recuerda, es la de utilizarse en el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana.

Tampoco estima la Sala correcta la apreciación del demandante en el sentido de que se viola el artículo 207 de la Carta Política, toda vez que como ya se expresó, el decreto demandado no está decretando ningún gasto ni modificando partidas presupuestales, sino apenas, reglamentando el recaudo de un impuesto que fue creado por la ley.

Y por último, en relación con la violación del decreto 129 de 1976, orgánico del Ministerio de Comunicaciones, estima la Sala que no hay lugar a declararla no solo por los defectos de técnica anotados a la demanda sino porque dicha norma no es objeto de la reglamentación acusada, puesto que lo es tan solo el artículo 15 de la ley 55 de 1985, y porque la norma acusada no contradice ninguno de los ordenamientos de tal decreto.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que no aparece demostrado que las normas constitucionales y legales que se invocan como quebrantadas por el decreto acusado, lo hayan sido, por lo que habrá de declarar infundados los cargos.

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:

No prosperan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn,* Con Aclaración de Voto; *Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

Nota de Relatoría: El Doctor Carmelo Martínez Conn aclaró el voto en cuanto qué comparte "el criterio expuesto tanto por la parte impugnadora como del señor Agente del Ministerio Público en el sentido de que lo procedente era dictar sentencia inhibitoria por falta del presupuesto procesal 'demanda en forma' dado los efectos de técnica jurídica de la misma que no le es dable al juzgador subsanar, mayormente cuando la demanda se presenta ante una corporación judicial como es el Consejo de Estado".

IMPUESTO A BILLETES DE LOTERIA. BASE GRAVABLE. HECHO IMPONIBLE. POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

No puede el Gobierno, así sea con el loable propósito de solucionar problemas de orden práctico creados por la cesión de tal impuesto por la Nación a los municipios, cambiar, so pretexto de reglamentar la ley, elementos del tributo tan esenciales como son el hecho imponible o la actividad gravada y la base sobre la cual se liquida el tributo. Hacerlo, como se hizo en el caso *sub judice*, significa contrariar no solo las leyes que se dicen reglamentadas, las cuales son desbordadas, modificadas, por el reglamento irregular, sino también quebrar todo el ordenamiento constitucional que regula la separación de poderes y por ende el Estado de Derecho.

DECRETA LA NULIDAD del literal a) del artículo 12 del Decreto Reglamentario No. 592 de 1976 expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., trece (13) de Julio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 2587 Actor : Alvaro Tafur Galvis.

Acción de nulidad y suspensión provisional del literal a) del Artículo 12 del Decreto Reglamentario No. 592 de 1976 expedido por el Gobierno Nacional. - FALLO .

Decide la sala sobre la acción de nulidad y suspensión provisional del literal a) del artículo 12 del Decreto Reglamentario No. 592 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, interpuesto por el doctor Alvaro Tafur Galvis. La Sala Unitaria al admitir la demanda decretó la suspensión provisional solicitada mediante auto del 11 de agosto de 1989, el cual se encuentra en firme pues aunque se impugnó, ello ocurrió extemporáneamente.

LAS NORMAS DEMANDADAS

El texto de las normas acusadas es el siguiente:

"Artículo 12. Para determinar el impuesto a que se refiere el artículo anterior se aplicarán las siguientes fórmulas:

a) "IM= IV x N

"En donde:

"IM= Total del Impuesto por las boletas vendidas en cada municipio.

"IV= Impuesto del 10% por cada boleta vendida.

"N= Número de boletas vendidas en cada municipio."

LA DEMANDA

Mediante la expedición del Decreto 592 de 1976, el Gobierno Nacional reglamentó algunas disposiciones sobre rifas, en particular de las rifas autorizadas por la ley a la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, a la Asociación de Loteros Inválidos de Hansen Asonalohansen y a la Fundación Hogares Juveniles Campesinos.

El mencionado decreto en su artículo 11, establece que la Fundación Hogares Juveniles Campesinos deberá pagar los impuestos a que se refieren las leyes 69 de 1946 y 33 de 1968, y en el literal a) del artículo en mención se determina que el Impuesto debe ser equivalente al 10% del valor de venta al público, de cada boleta; este impuesto debe cancelarse al Municipio sobre las boletas selladas en él, de acuerdo con el artículo 8.

El artículo 8, determina que la Entidad que realice la rifa deberá hacer sellar las boletas que serán ofrecidas en venta en el municipio, en la Alcaldía Municipal respectiva.

Según el artículo 12 literal a) demandado, para determinar el Impuesto a que se refiere el artículo 11 se debe aplicar la siguiente formula:

"IM= IV x N

En donde:

"IM= Total del Impuesto por las boletas *vendidas* en cada municipio.

"IV= Impuesto del 10% de cada boleta *vendida*.

"N= Número de boletas *vendidas* en cada municipio."

(Se subraya en la demanda).

En el artículo 14 se establece que las entidades responsables de las rifas deben presentar ante el Ministerio de Salud, una relación del total de *boletas selladas* y *vendidas* y los números de las mismas, por Municipio.

Además, en el mismo acto de *sellar las boletas que se ofrecerán en venta* se entregará al funcionario municipal una lista de los premios con la expresión del valor de cada uno, de conformidad con el plan aprobado. (se subraya en la demanda).

Se fundamenta la demanda de la siguiente manera:

-La ley 12 de 1932 estableció un impuesto del 5% sobre el valor de los billetes de rifas y el 10% sobre el valor de los billetes de lotería que componen cada sorteo, porcentaje aumentado en 10% para los billetes de rifas por la ley 69 de 1946, mientras que el decreto reglamentario considera que el Impuesto solo cobijará las boletas efectivamente vendidas, lo cual genera un menoscabo en los recursos de las entidades públicas ya que éste Impuesto es de propiedad exclusiva del Municipio respectivo (Ley 33 de 1968 y Código de Régimen Municipal). Además la disposición, acusada no guarda relación con las otras normas del mismo Decreto ya que en los artículos 8, 11 y 13 se mencionan *las boletas que serán ofrecidas en venta*, es decir, las emitidas y no sólo las vendidas.

-Se violó el artículo 120 ordinal 3o por cuanto este Decreto reglamentario por ser norma derivada no puede restringir el campo de acción de la ley, como ocurrió en este caso.

-También se vulneró el artículo 183 de la Constitución Nacional ya que la norma acusada está disponiendo de bienes y rentas del municipio que son de su propiedad exclusiva por cuanto se impide que se perciba lo que la ley ha previsto como impuesto.

-Se violó el artículo 76 ordinal 1 de la Constitución Nacional por cuanto la disposición acusada usurpó la potestad de interpretar y reformar la ley, que corresponde de modo privativo al legislador.

-Por último se consideran transgredidos los artículos 2, 20 y 55 de la Constitución Nacional ya que la potestad reglamentaria no fue ejercida en los términos señalados por la Constitución, el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de las funciones constitucionalmente asignadas y no respetó la separación de funciones que orienta la organización y la actividad estatal.

OPOSICION A LA DEMANDA

La Fundación Hogares Juveniles Campesinos se constituyó en parte Impugnadora de la demanda argumentando que el demandante basó su acusación en la violación de la ley 12 de 1932, la cual no era de carácter permanente sino transitorio por cuanto su objetivo era obtener recursos extraordinarios para amortizar los empréstitos patrióticos de guerra y en ella se establecía expresamente que los gravámenes desaparecerían tan pronto como el anterior objetivo fuera cumplido.

De otra parte, considera que el Impuesto de emisión o sellaje es un Impuesto al consumo que afecta a las boletas que se pongan en venta pero no a la totalidad de la emisión. Además, el verbo ofrecer de que habla la norma equivale a emitir ya que la suma de todas las ofertas en los municipios es equivalente a la emisión u oferta nacional.

Por último, agrega que la norma acusada señala simplemente una fórmula matemática para la determinación del Impuesto.

CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA

La Doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, Fiscal Sexto del Consejo de Estado, profirió dictamen solicitando que la Sala no accede a la nulidad impetrada y levante la suspensión provisional, por considerar que los elementos sustanciales del tributo para el caso del Impuesto a las rifas la materia imponible sería el consumo específico de los billetes que componen el sorteo y el hecho generador es la venta de los billetes y no como lo plantea el actor al considerar que la materia imponible sería la actividad y el hecho generador la emisión de los billetes.

Reforzando este argumento con base en la doctrina tributaria se concluye que en las rifas el hecho económico no es la emisión de las boletas sino el consumo específico ya que de lo contrario se desvirtuaría la índole del fenómeno fiscal por cuanto lo que es indicativo, aunque de manera relativa, de la capacidad económica del sujeto pasivo es la renta en disposición de consumo, y el hecho que la genera, la venta.

Por esta razón, considera que no existe contradicción entre las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946 y la norma acusada ya que ésta última solo contempla el mecanismo para calcular el Impuesto de rifas en desarrollo de la ley; en esa medida, el Impuesto se obtiene de "multiplicar el valor de las boletas (base indicada por la ley 12 1932) por la alícuota (señalada por la ley 69 de 1946), teniendo en cuenta solamente las boletas vendidas (hecho generador que causa materialmente el Impuesto) dentro de la jurisdicción municipal (como lo indica el artículo 3 de la ley 33 de 1968 al expresar que se causen en sus respectivas jurisdicciones)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El aspecto que a juicio de la Sala debe ser objeto de su análisis, con el fin de determinar si en efecto, las normas acusadas son violatorias de las que se citan como agraviadas por el demandante, es el que dice relación con el hecho de saber si la disposición reglamentaria, el artículo 12 literal a), del decreto 592 de 1976, verdaderamente excede las normas legales que supone reglamentar o si por el contrario, tales normas legales se encuentran cabalmente reglamentadas por las que son objeto de la acusación. De encontrarse válida la primera hipótesis, el texto acusado sería nulo por violar las normas legales y constitucionales invocadas por el demandante, De no, el decreto parcialmente acusado estaría ajustado a la ley y a la Constitución.

Para llegar a alguna conclusión basta a la Sala apreciar que, como lo alega el demandante, la ley 12 de 1932 dispuso en su artículo 7o. numeral 2o. la creación de un Impuesto "del cinco por ciento (5 por 100) sobre el valor de los billetes de rifas y del diez por ciento (10 por 100) del valor de los billetes de lotería que componen cada sorteo", de donde resulta que, contrario a lo que se afirma en el concepto fiscal sobre la no definición de la base gravable y el hecho Imponible, tales base gravable y hecho Imponible, son el valor de los billetes que componen cada sorteo y el hecho mismo de la emisión, respectivamente. Mientras ello es así en el texto de la ley, se aprecia también que la norma acusada de forma precisa dispone que dicho impuesto se determinará sobre una base gravable conformada por el valor de las boletas vendidas en cada municipio, con lo cual el hecho imponible que se toma es el de la venta y no el de la emisión.

Ahora bien, no puede el gobierno, así sea con el loable propósito de solucionar problemas de orden práctico creados por la cesión de tal Impuesto por la Nación a los Municipios, cambiar, so pretexto de reglamentar la ley, elementos del tributo tan esenciales como son el hecho imponible o la actividad gravada y la base sobre la cual se liquida el tributo. Hacerlo, como se hizo en el caso analizado, significa contrariar no solo las leyes que se dicen reglamentadas, las cuales son desbordadas, modificadas, por el reglamento irregular, sino también quebrar todo el ordenamiento constitucional que regula la separación de poderes y por ende el Estado de Derecho.

Estima conveniente la Sala comentar la afirmación que hace el impugnante en el sentido de que la ley 12 de 1932, probablemente no se encuentra vigente, toda vez que era una disposición legal de carácter transitorio llamada a extinguirse cuando desaparecieran las causas que determinaron la creación de los aludidos Impuestos, porque de una parte, no cabe duda que la norma legal pese a su temporalidad inicial, se perpetuó, incluso con aumento de tarifas y modificación de destinatarios de su producido, por virtud de otras normas legales que a ella se refirieron, tales como la 69 de 1946, 33 de 1948 y el decreto ley 1333 de 1986 (artículo 228), y de otra parte, porque ello no repercutiría en la legalidad de la norma acusada, sino que antes por el contrario, la comprometería aún más puesto que entonces habría que concluir que el Presidente obró en calidad de legislador, usurpando dicha función al Congreso, cuando tomó determinaciones relativas a aspectos sustanciales del tributo en cuestión.

Como el demandante plantea la nulidad del acto acusado, precisamente por la violación de los evocados preceptos de orden constitucional y legal, la Sala, confirmando lo que se había expresado por el Consejero Ponente al decretar la suspensión provisional, en desacuerdo con su colaboradora fiscal, accederá a las súplicas de la demanda.

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:

Decrétase la nulidad del literal a) del artículo 12 del decreto reglamentario No. 592 de 1976, cuyo texto es:

"a) IM= IV x N

"En donde:

"IM= Total del Impuesto por las boletas vendidas en cada municipio.

"IV= Impuesto del 10% por cada boleta vendida.

"N= Número de boletas vendidas en cada municipio."

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn. Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. SUSPENSION PROVISIONAL

Basta la lectura de los decretos acusados cuya suspensión provisional se decretó por el Tribunal *a-quo* para percibir objetivamente que el impuesto al cual se refieren es el denominado "de rotura de pavimento", creado, modificado y reglamentado por la Alcaldía del municipio, sin tener en cuenta, ni hacer referencia alguna a acuerdos del Concejo Municipal en los cuales fundarse.

Confirma la Suspensión Provisional de los Decretos Nos. 288 de septiembre 25/81; 173 de abril 20/82 y 261 de julio 19/88, expedidos por la Alcaldía de Cúcuta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., trece (13) de Julio de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. 2979. Apelación Interlocutorios. Actor : Empresa Nacional de Telecomunicaciones Versus Municipio de Cúcuta. Apelación del auto de 9 de marzo de 1990 que decreta la suspensión provisional de algunas normas municipales, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. AUTO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" contra el auto de 9 de Marzo de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el

cual ordenó la suspensión provisional de las normas acusadas. en juicio de nulidad contra los decretos Nos. 288 de Septiembre 25 de 1981; 173 de Abril 20 de 1982 y 261 de Julio 19 de 1988, expedidos por la Alcaldía de Cúcuta.

ANTECEDENTES

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones acudió ante el Tribunal competente para solicitar la anulación de los siguientes actos administrativos, expedidos por el Alcalde Municipal de Cúcuta.

- El Decreto 288 de 25 de Septiembre de 1981, por medio del cual el Alcalde Municipal de Cúcuta reglamenta la rotura de pavimento e impone un gravamen a favor del departamento de valorización.

- El Decreto 173 de 20 de Abril de 1982, por medio del cual el Alcalde Municipal de Cúcuta determina el procedimiento para rotura de pavimento y fija unas sanciones.

- El Decreto 261 de 19 de Julio de 1988, por medio del cual se modifica el artículo 3 del Decreto 288 de 25 de Septiembre de 1981 y se fija el monto para rotura de pavimento.

En el mismo escrito de la demanda, se solicitó la suspensión Provisional de las anteriores normas acusadas por considerarlas manifiesta y ostensiblemente violatorias de la Constitución Nacional y la ley, ya que el Alcalde del Municipio de Cúcuta carecía de Facultades para reglamentar la rotura de pavimento, es decir era incompetente. De dicha incompetencia se desprende la violación de los artículos 43, 183, 191 y 197-2 de la Constitución Nacional, los artículos 172, 173, y 233, literal c) del código de Régimen Político y Municipal y el artículo (—) (Sic) de la ley 97 de 1913, ya que, en términos generales, solo las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales tienen la facultad de crear, imponer o establecer tributos supeditados a los límites impuestos por la ley.

EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió a la solicitud de suspensión provisional ya que, a su juicio, se presenta la violación manifiesta del art. 43 de la C.N. y el art. 233 del C de R.M. por cuanto, la palabra contribución abarca cualquier gravamen ya sea directo o indirecto que se imponga a los ciudadanos y a nivel municipal esa competencia la tiene el Concejo; específicamente para el impuesto por excavaciones en las vías públicas o rotura de pavimento, la competencia se la otorga el artículo 233 del C de R.M.

EL RECURSO DE APELACION

El Municipio de Cúcuta interpuso el recurso de apelación contra el auto de 9 de marzo de 1990 por considerar que no había lugar a la suspensión provisional de las normas acusadas por cuanto, si bien es respetable el concepto de que los Alcaldes carecen de facultades legales para imponer gravámenes, la suspensión provisional decretada deja de tener asidero cuando se analicen pormenorizadamente las siguientes disposiciones sobre valorización: "Ley 25 de 1921, Ley 1a. de 1943, y Decreto Legislativo 1604 de 1966". Estima también el apelante que las normas suspendidas provisionalmente poseen soporte jurídico en lo que establecen los acuerdos del Concejo Municipal de Cúcuta que desarrollan las normas legales que consagran la contribución de valorización.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En realidad de verdad, basta la lectura de los Decretos acusados cuya suspensión provisional se decretó por el Tribunal a-quo para percibir objetivamente que el impuesto al cual se refieren es el denominado "de rotura de pavimento", creado, modificado y reglamentado por la Alcaldía del Municipio de Cúcuta, sin tener en cuenta, ni hacer referencia alguna a acuerdos del Concejo Municipal en los cuales fundarse. Simplemente, se dice en ellos que tales decretos municipales se expiden por el alcalde "en uso de sus facultades legales".

Igualmente, de la lectura del memorial sustentatorio de la apelación se advierte claramente el desenfoque del apelante al pretender que dicho impuesto de rotura de pavimentos tiene fundamento legal en las disposiciones que a nivel de la ley y de los acuerdos municipales regulan la contribución de valorización.

Resulta vana esta pretensión de fundamentar legalmente, *ex-post-facto*. las medidas adoptadas por el alcalde para imponer un tributo que es radicalmente diferente de la contribución de valorización, la cual posee legal, doctrina, y jurisprudencialmente, unas características que para nada la hacen semejante, como trata de hacerlo ver el apelante, al referido impuesto de rotura de pavimentos. Cabe destacar que lo único que tienen en común las normas que el apelante invoca como fundamento legal del referido impuesto de rotura de pavimentos y los decretos municipales que lo establecen, es que dicho tributo se establece "en favor del Departamento de Valorización Municipal", lo cual en manera alguna puede llegar a otorgarle a este impuesto la condición o las características propias de la contribución de valorización.

No encuentra pues, la Sala, que la apelación haya planteado cargos hábiles para refutar o desvirtuar el juicio del Tribunal y por tanto, habrá de confirmar dicha actuación.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

No prospera la apelación formulada contra el auto de 9 de Marzo de 1990 proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Notifíquese, comuníquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que esta providencia se discutió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección, *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Medellín. **TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO**

Si la contribuyente obtiene ingresos por ventas fuera territorio de Medellín, no puede ese municipio gravar con el impuesto, las actividades comerciales ejercidas por la actora en municipios diferentes a su territorio; por el contrario, el impuesto de industria y comercio que es el local, solo se causa por las ventas que se realicen en su jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Tres (3) agosto de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 456 y 510 Actor: Casa Mora Ltda. contra Municipio de Medellín Apelación sentencia julio 9 de 1982 del Tribunal Administrativo de Antioquia - Industria y Comercio 1971. -Fallo-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Municipio de Medellín, contra la sentencia del 9 de julio de 1982 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, accediendo a las súplicas de la demanda, revisó el acto administrativo de determinación del impuesto de Industria y Comercio a cargo de la sociedad CASA MORA LTDA. por el año de 1979.

ANTECEDENTES.

El proceso fue destruido en los nefastos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, razón por la cual su reconstrucción, pedida por las partes intervinientes, se decretó por Auto del 7 de diciembre de 1987 y en razón de haberse abierto los expedientes Nros. 456 y 510 paralelos, se acumularon por referirse a idéntica pretensión.

Casa Mora Ltda., sociedad dedicada a la compraventa de electrodomésticos, presentó declaración de Industria y Comercio en el Municipio de Medellín, con base en los ingresos obtenidos por ventas realizadas en dicha localidad.

El Departamento de Impuestos Municipales de Medellín mediante Resolución Nro. 000025 de agosto 9 de 1979, le determinó un impuesto mensual por valor de $35.039, la que fue recurrida por la sociedad contribuyente al estimar que se habían gravado ingresos no obtenidos en el Municipio de Medellín.

El Departamento de Impuestos confirmó la Resolución, que apelada fue igualmente confirmada por la Junta de Hacienda Municipal.

Inconforme la sociedad contribuyente, acudió en demanda de revisión de la operación administrativa, alegando que ésta se produjo con vicio de competencia por razón del territorio y que como consecuencia no tiene valor jurídico alguno.

Señala como violados los artículos 1º, 3º, 9º y 36 del Acuerdo 17 de 1971, en concordancia con el Acuerdo Nro. 7 del 3 de febrero de 1973 del Concejo Municipal de Medellín.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, revisó la operación administrativa de liquidación del impuesto de Industria y Comercio, con fundamento en el informe del visitador de Hacienda Municipal y en el dictamen pericial practicado sobre los libros de contabilidad de la actora, y fijó un impuesto mensual de $16.110.oo

LA APELACION.

La apoderada judicial del Municipio de Medellín apela la sentencia y apoyándose en el experticio manifiesta que "el vendedor de la Zona Caldas es un intermediario de la actora para el fin de su actividad comercial, ya que ellos simplemente toman "nota de los pedidos" y la oficina central (actora) decide lo concerniente a la aceptación del crédito" y que es en Medellín donde la sociedad tiene su domicilio".

OPOSICION A LA APELACION .

La sociedad actora se opone a la apelación y pide la confirmación de la sentencia recurrida apoyándose en su propia contabilidad que demuestra las ventas efectuadas en municipios ajenos a Medellín; y en el concepto de la Fiscalía que considera no sujetos a gravamen en este Municipio los ingresos por ventas realizadas fuera de su territorio. Invoca así mismo los artículos 197 Nro. 2º de la Constitución Nacional, 169 de la Ley 4a. de 1913 y el 1º del Acuerdo 17 de 1971 del Concejo Municipal de Medellín.

EL MINISTERIO PUBLICO.

Representado en esta oportunidad por el Dr. Alvaro Lecompte Luna, conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse porque la operación administrativa de determinación del impuesto, no quebrantó norma alguna de carácter superior, porque el impuesto de Industria y Comercio es el mismo impuesto de patente autorizado a los municipios por las Leyes 97 de 1.913 4a. de 1.915 y 29 de 1.963 y no un impuesto a las ventas, sino un impuesto al establecimiento industrial o comercial (o de servicios) de acuerdo con lo que cada municipio, a través de su Concejo, haya dispuesto sobre el particular.

Que las ventas brutas que realice la industria o comercio, solo sirven de pauta para señalar el monto del tributo a pagar por un establecimiento en concreto y que por lo tanto no importa donde haga la venta final o intermedia. Basta que se haya demostrado que el establecimiento del caso realizó tal cantidad de ventas brutas durante un período dado, para que dicho guarismo sirva de base para la fijación del impuesto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El motivo fundamental de la apelación radica en la pretensión del Municipio de Medellín de que se declare conforme a derecho, el acto administrativo mediante el cual determinó el impuesto de Industria y Comercio a la sociedad actora sobre la totalidad de las ventas por ella efectuadas incluidas las que corresponden a otros municipios, ya que considera que es en Medellín donde funciona la sede administrativa de la sociedad, se lleva la contabilidad centralizada, el control de cartera y se otorgan los créditos para las ventas con esta modalidad, operaciones para las cuales se utiliza la infraestructura del municipio.

Esta Sala, en repetidas oportunidades ha determinado que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución Nacional, la facultad impositiva está reservada al legislador y que tratándose de los entes territoriales (departamentos y municipios) la facultad otorgada por la Constitución y la ley no es plena sino derivada, situación que no les permite excederse en la aplicación estricta de las disposiciones fiscales, ni arrogarse atribución

impositiva sobre hechos generadores del impuesto cumplidos en otros municipios.

Tampoco pueden derivarse consecuencias impositivas de hechos no previstos en la ley como generadores del impuesto, tales como la circunstancia de llevar centralizada la contabilidad, tener el domicilio principal, el control de cartera, los estudios de crédito, la sede administrativa o la utilización de la infraestructura municipal, con el fin de gravar la totalidad de ingresos obtenidos por el contribuyente en la sede de su domicilio principal.

Además, de conformidad con los artículos 1º y 3º del Acuerdo 17 del 20 de septiembre de 1971 del Concejo Municipal de Medellín el impuesto de Industria y Comercio recae exclusivamente sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios que se ejerzan en el Municipio de Medellín.

Está demostrado dentro del proceso tanto con la contabilidad de la contribuyente, como con la prueba pericial y los certificados expedidos por el Jefe de Industria y Comercio de los Municipios de Caldas., Abejorral y Concordia (fls. 1 a 3 Cdno. de Antecedentes Adtvos.) que la sociedad contribuyente sí desarrolla actividades comerciales fuera del Municipio de Medellín a través de establecimientos mercantiles debidamente matriculados y que paga en ellos impuesto de Industria y Comercio, hecho que constató el mismo Municipio de Medellín y del que da cuenta el funcionario Municipal en el informe rendido para atender el recurso, en el cual manifiesta:

> "Pude comprobar que paga impuesto en los Municipios diferentes a Medellín.....".
>
> "Pude comprobar que los diferentes municipios poseen almacenes a nombre de Casa Mora Ltda. y que en ellos paga sus respectivos impuestos....." (fls. 85 y 86 Cdno. de Antecedentes Adtvos.).

En consecuencia, si la contribuyente obtiene ingresos por ventas fuera del territorio de Medellín, no puede ese Municipio gravar con el impuesto, las actividades comerciales ejercidas por la actora en municipios diferentes a su territorio; por el contrario, el impuesto de Industria y Comercio que es local, solo se causa por las ventas que se realicen en su jurisdicción, razón por la cual el fallo apelado merece confirmación.

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,

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

FALLA:

CONFIRMARSE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE. VUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

APORTES PARAFISCALES. SENA - Aportes

La Sala considera que la prima de vacaciones es un desembolso que hace la empresa en forma habitual y obligatoria que integra la base sobre la cual debe liquidarse el aporte al Sena. Si bien la prima de servicios no constituye salario y por lo tanto no integra la base para liquidar los aportes al subsidio familiar y al Sena; tratándose específicamente de la prima anual de servicios sí debe computarse para el aporte al Sena porque el incremento en este caso (convención colectiva de trabajo) por encima del valor previsto por la ley, constituye una prestación extralegal diferente a las mencionadas en el artículo 128 del C.S. del T. y no está amparada por la prohibición del artículo 307 *ibídem*, cualquiera sea la denominación que se le dé.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Tres (3) de Agosto de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. 2497 Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S.A. "Avianca" C/Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena".

Apelación sentencia de 9 de diciembre de 1988, proferida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos: 0562 de abril 19 de 1985, 000643 de abril 4 de 1984 y 0001875 de noviembre 19 de 1984, expedidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. "Avianca", Nit. 90.100.577, contra la sentencia de 9 de diciembre de 1988 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó algunas súplicas de la demanda y se inhibió en cuanto al monto total de lo pagado por concepto de aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. (fls. 142/166)

ANTECEDENTES

El Director Regional del Sena en Bogotá con fundamento en liquidación practicada por el Departamento de Aportes de la mencionada Regional expidió la resolución 000643 del 4 de abril de 1984 fijando los aportes que Avianca S.A. debía pagar por las vigencias de 1981 y 1982, así:

	Año 1981	**Año 1982**
Total Bases de los aportes	$ 2.562.918.426	$ 3.282.690.715
Aportes 2%	$ 51.258.369	$ 65.653.814
Menos Aportes pagados	37.832.412	45.386.594
Aportes netos por pagar	(*) $ 13.425.957	(*)$ 20.267.220

(*) Estas diferencias ascendieron a la suma de $33.693.177 la cual fue disminuida en $3.261.189 por la Resolución 0001875 de Noviembre 19 de 1984 al modificarse la base gravable respecto al rubro gastos casino de empleados con motivo del recurso de reposición; finalmente tal diferencia quedó en $19.746.471 ($8.218.718 año 1981 más $11.529.753 año 1982) en razón de haberse rebajado en Resolución 0562 de abril 19 de 1985 (recurso de apelación) las bases en cuanto al auxilio de transporte, prima o bonificación de antiguos pilotos, vacaciones disfrutadas en tiempo, comida, alojamiento y transporte.

En la demanda ante el Tribunal, previa consignación del reajuste de aportes ($19.748.471) la demandante solicitó excluir de las bases las siguientes partidas cuya liquidación del 2% asciende a $15.186.462, para los dos períodos así:

	1981	**1982**
- Subsidio de transporte	$ 7.762.492	$ 8.577.623
- Prima de vacaciones	$ 76.837.383	$ 105.451.084
- Prima de navidad	104.107.036	145.587.400

- Pago por concepto de transporte	150.361.618	160.548.518
	$339.068.530	$ 420.164.625
Liquidación del 2%	6.781.370	8.405.092

Asimismo, en el libelo se pidió la devolución de la suma de $960.707 la cual resulta de la diferencia que afirma Avianca haber pagado por aportes en 1981($38.775.178) y lo declarado como recibido por el Sena en este mismo período ($37.832.412), es decir la cantidad de $942.766; más la suma de $17.941 resultante de la diferencia entre lo que también afirma la actora haber cancelado en 1982 al Sena ($45.404.535 menos $45.386.594). Respecto a las sumas pagadas en exceso se precisa que éstas "se encuentran comprobadas por los correspondientes recibos del Sena acompañados con la demanda. Las sumas que el Sena declara haber recibido de Avianca aparecen en el cuadro resumen de partidas correspondiente al Capítulo VIII de la Resolución 0562 del 19 de abril de 1985 expedida por el Sena. Procede, pues, la devolución del total de la diferencia reclamada por Avianca, más los intereses corrientes." (fl. 132).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal, luego de referirse al artículo 12 de la Ley 56 de 1973 que fijaba la base para los aportes al Sena y al artículo 17 de la Ley 21 de 1982 que la modificó (vigente a partir de febrero 5 de 1982), consideró que por ser las vigencias discutidas los años 1981 y 1982, debían los cargos estudiarse con referencia a las leyes vigentes en el momento en que sucedieron los hechos, observando que el accionante "no invoca como normas violadas las que regulaban la materia en 1981, y consecuencialmente no desarrolla concepto de violación, en consecuencia, para la Sala las normas invocadas como infringidas no son aplicables al año 1981...debe la Sala negar las pretensiones de la demanda relativas a los aportes correspondientes al año gravable de 1981." (fl. 152)

Seguidamente el *a-quo* se refirió a los rubros discutidos que conforman la base para liquidar los aportes de la vigencia de 1982 señalando, en primer término, que las primas de vacaciones y de navidad conforme a las previsiones de los artículos 127 y 128 del C.S. del T. hacen parte del salario que recibe el trabajador ya que éste no solamente es la remuneración fija y ordinaria, sino todo aquello que recibe en dinero y en especie que implique retribución de servicios; respecto al subsidio de transportes observó que si bien es cierto que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 no menciona expresamente el auxilio de transporte, tal norma si dispone que para liquidar la base del aporte al Sena se debe tomar la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, agregando: "Desde 1963, el artículo 70 de la Ley primera de ese año incorporó

el subsidio de transporte al salario; luego para la Sala el auxilio de transporte, de acuerdo a la ley laboral es factor de salario y por consiguiente debe integrar la base para liquidar los aportes al Sena." (fl. 162).

Y en cuanto al rubro "comida, alojamiento y transporte" precisó que si bien el transporte, al tenor del artículo 128 del C.S. del T. no hace parte integrante del salario, no se puede descontar de la base de los aportes para el Sena en razón de la deficiencia de las pruebas allegadas al proceso, desestimando por tanto el cargo.

Por último, se inhibió el *a-quo* en cuanto a la pretensión relacionada con la devolución de aportes cancelados en exceso en las vigencias 1981 y 1982 por un monto total de $960.707.oo con el argumento de no haber la demandante alegado este punto en la vía gubernativa.

RECURSO DE APELACION

En la sustentación del recurso el apoderado de la demandante aboca el tema de la prima de vacaciones puntualizando que si bien el artículo 127 del C.S. del T. considera salario las primas, sobresueldos y bonificaciones habituales pagados al trabajador, la característica de la regularidad o habitualidad de una prima o bonificación en modo alguno es suficiente para constituirla en elemento salarial, pues "se exige, además, que el sobresueldo, prima o bonificación implique directa retribución de servicios y no una retribución indirecta"; y agrega más adelante: "De otra parte, si el patrono y trabajador, al crear una prima o bonificación como la de vacaciones, pongamos por caso, a través de la convención colectiva de trabajo, pactan expresamente que las sumas correspondientes a esa bonificación no se tomarán como factor salarial, ese acuerdo se convierte en ley para las partes, como perfectamente válido que es." (fl. 180). En resumen dice: "la prima de vacaciones es una prestación extralegal, estrictamente hablando; no es salario, porque no es una remuneración directa de los servicios del trabajador, ni constituye factor determinante del salario base para la liquidación de ciertas prestaciones sociales, especialmente cuando las partes lo determinan así en el acto de creación o durante la ejecución normal del contrato de trabajo. Por idénticas razones, no pueden afectarse con el 2% con destino al Sena las sumas que por este concepto se paguen a los trabajadores de una empresa." (fl. 181)

Al tratar lo relativo a la prima de navidad afirma que también es un pago periódico habitual, que constituye una bonificación extralegal, pero esencialmente distinta de la prima de servicios (artículo 306 y Ss. del C. S. de T.). Argumenta que la misma ley laboral asimila la llamada prima de navidad a la prima de servicios y como esencialmente la prima de servicios no es salario porque así lo dispone el artículo 308 de la codificación laboral y además "por cuanto las prestaciones sociales están excluidas de manera expresa como elemento de salario (artículo 128 *ibídem*), resulta absurdo e

ilegal asimilar la prima de navidad a un factor más determinante de salario." (fl. 183) y agrega: "Como si esto fuera poco, patrono y trabajador, desde el acto mismo creador de tal bonificación y durante toda la ejecución de las respectivas relaciones laborales, han convenido en que la prima de navidad no es salario ni se computa como tal para ningún efecto legal, con lo cual no han hecho cosa distinta de admitir el linaje que dentro de las prestaciones sociales ocupa la prima que reemplaza a la de servicios, llámase de navidad, o aguinaldo o de cualesquiera otras formas. No se trata, entonces, de una especie de renuncia ineficaz, como equivocadamente lo entendió el Tribunal. Por tanto, "...es necesario concluir que las sumas por este concepto pagadas a los trabajadores de una determinada empresa no pueden constituir uno de los rublos gravables con el 2% con destino al Sena, pues no constituyen uno de los "pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley laboral," a que se contrae el artículo 17 de la Ley 21 de 1982." (fl. 184).

Respecto al subsidio o auxilio de transporte critica la interpretación que hace el a-quo del artículo 12 de la Ley 56 de 1973 y del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 precisando que la Ley 56 de 1973 incluía expresamente el auxilio de transporte como uno de los elementos salariales necesarios para liquidar los aportes al Sena; en tanto que la Ley 21 de 1982 no lo toma en cuenta para tal liquidación. Expresa además que "a la luz del artículo 127 del Código del trabajo, el auxilio de transporte no es elemento salarial. Lo confirman, además, las normas que se ha ocupado, a lo largo de treinta años, del comentado subsidio, especialmente la ley 1a. de 1963..." (fl. 186). "Así pues, por lo que hace a las cargas que este rubro representó para la demandante, según la arbitraria liquidación del Sena, deben prosperar las pretensiones de la actora y, en consecuencia, eximírsela de todo pago por este específico concepto, tal como lo sostuvo el salvamento de voto..." (fl. 188)

En lo referente al concepto comida, alojamiento y transporte ($213.014.408) glosa la sentencia por lo contradictoria e injusta señalando que "más parece una apreciación del Juez Laboral en beneficio del trabajador, que una determinación del Tribunal Administrativo respecto de una Resolución administrativa cuyo fundamento legal se discute... puesto que se afirma, por una parte, que no alcanza la Sala a determinar cuáles sumas de las gravadas por el Sena son salario y cuáles no lo son; y sin embargo, las toma todas como elemento salarial, desde el momento en que admite al Sena que las gravó debidamente, pues a ello equivale el desestimar las peticiones de la demanda dirigidas a que se excluyan las sumas aludidas, por no constituir salario para el trabajador." (fl.189).

Y en cuanto al reembolso del mayor valor pagado, punto sobre el cual el Tribunal se inhibió, califica la actuación de éste de insólita por los visos del formalismo más recalcitrante que raya en los confines del antiderecho. (fl. 192)

CONCEPTO FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación observa en el concepto emitido que el recurrente nada dice respecto a la negativa del Tribunal de estudiar los cargos de violación que pudieran afectar la liquidación de aportes por 1981; puntualiza además que el apelante "cuestiona el pronunciamiento inhibitorio sobre el reconocimiento del pago de lo no debido, refiriéndose a una razón que no fue la esgrimida por el Tribunal." (fl. 199). Sin embargo, no comparte esta decisión inhibitoria (no haberse solicitado la devolución de las sumas pagadas en exceso en la vía gubernativa) porque "con la interposición de los recursos de ley entiende la Fiscalía debidamente agotada la vía gubernativa para acudir ante la jurisdicción, sin que exista límite legal alguno respecto a que los únicos hechos alegables puedan ser los objetados ante la Administración." (fl. 200).

Así pues, se muestra de acuerdo con la decisión del Tribunal al negar las pretensiones de la demanda respecto a la liquidación de 1981 por no citarse las normas vigentes durante esta vigencia, puesto que en 1982 se produjo un cambio de legislación sobre la materia (Ley 21 de 1982) relievando lo siguiente: "evidentemente para las liquidaciones de ejercicios anteriores debió tenerse en cuenta la legislación precedente y en el capítulo que sobre normas violadas trae la demanda no se citan éstas, ni se hace alusión en el texto de la misma, a la forma como la Administración vulneró con su actuación tales leyes. Adicionalmente, sobre la decisión del Tribunal en este punto nada dice el memorial de apelación, lo que implica la aceptación tácita del mismo." (fl. 200).

En relación con la prima de navidad precisa que para determinar si lo pagado en exceso por Avianca a sus empleados en virtud de convención colectiva de trabajo en exceso al mínimo establecido constituye salario o no, debe acudirse a los textos de los artículos 127 y 128 del Código laboral de cuyo estudio concluye:

> "El incremento de la prima anual por encima del valor previsto por la ley constituye una prestación extralegal diferente a las mencionadas en el artículo 120 y no está amparada por la prohibición del artículo 307, cualquiera sea la denominación que se le dé, toda vez que no pueden los particulares variar la naturaleza que por ley tiene este tipo de remuneración.
>
> "Se trata de una remuneración extraordinaria de carácter retributivo oneroso que se paga en forma habitual y obligatoria, luego a la luz de los artículos 127 y 128 del C.S.T. constituye salario." (fl. 203)

Otro de los puntos examinados por la Fiscalía es el de la prima de vacaciones acerca del cual conceptúa: "...es necesario precisar su verdadera

naturaleza jurídica: se trata de una prima extralegal pagada en forma habitual y obligatoria según puede verificarse en la cláusula 75 de la convención colectiva, y por tanto de acuerdo con lo señalado anteriormente, es incuestionable que también integra la base sobre la cual debe liquidarse el aporte al SENA." (fl. 203). Complementa su concepto con aparte de la sentencia de casación Laboral de 22 de marzo con ponencia del Dr. Manuel Enrique Daza Alvarez y también con otro aparte de la sentencia de febrero 1o. de 1979 del Consejero, doctor Bernardo Ortiz Amaya. (fl. 204).

Respecto al auxilio legal de transporte, una vez analizadas las normas que regulan este rubro la Fiscalía considera que le asiste razón a la sociedad actora por lo cual solicita se descuente de la base de los aportes de 1982 la cantidad de $8.577.623.oo pagada en el mencionado período por Avianca a sus empleados por este concepto.

En cuanto a la partida de $160.548.518.oo por concepto de transporte pagado al personal de vuelo que según el apelante se encuentra incluido en el rubro de TRANSPORTE, ALOJAMIENTO Y COMIDA, sostiene la Fiscalía que "encaja perfectamente dentro del concepto "medios de transporte" que a la luz del artículo 128 del C.S.T. no constituye Salario y por tanto no podría formar parte de la base para el aporte al SENA." Sin embargo, precisa que encontrándose este pago de transporte incluido dentro de un concepto global (transporte, alojamiento y comida por $213.014.408.oo) y no siendo posible establecer su valor por carencia en el expediente de elementos de juicio, pues tampoco lo hizo la recurrente, estima que no puede modificarse la base del aporte por este concepto." (fl. 207).

Y en relación con la devolución del mayor valor de los aportes efectuados al Sena señala que no es posible acceder a ello porque "las fotocopias de los recibos de pago aportados que obran a folios 58 y subsiguientes de c.p., ni siquiera puede establecerse el pago de los valores señalados como recibidos por el SENA, pues faltan algunos recibos de pago; menciona la accionante en el capítulo de documentos unas consignaciones en el Banco Cafetero, pero ellas no existen en el expediente. No puede por tanto, establecerse el mayor valor que afirma haber cancelado la sociedad y por ende debe denegarse su pretensión." (fl. 208).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala, en acuerdo con la Fiscalía y con lo dicho en la sentencia apelada, precisa, inicialmente, que la apelación no hace referencia a la negativa que contiene dicha providencia respecto a considerar las pretensiones de la demanda relacionadas con la vigencia de 1981, motivo por el cual considera que la apelación está referida a la liquidación de 1982, a la cual contraerá su estudio. Recuerda la Sala que el Tribunal se abstuvo de considerar los cargos planteados contra la liquidación de 1981 aduciendo que el actor no había

citado como violadas las normas vigentes en tal fecha que regulaban la determinación de los aportes al Sena y que las normas que cita como tales (Ley 21 de 1982) solo tiene vigencia a partir de dicho año y no puede referirse a vigencias anteriores.

Del mismo modo que lo hace la Fiscalía, la Sala no auspicia la decisión inhibitoria del *a-quo* del indebido agotamiento de la vía gubernativa en cuanto a la devolución del exceso de los valores pagados por la actora como aportes al Sena, porque estima que tal devolución, o en su caso, el pago de una suma mayor, no son mas que una consecuencia de la discusión que se realiza sobre los términos de la liquidación. Si se discute el valor de la liquidación, aduciéndose que las sumas a pagar son inferiores a las que en realidad se pagaron, tal discusión comporta necesariamente que se está reclamando la devolución del exceso, de resultar comprobado, pues no se discute una liquidación con el sólo fin de obtener reconocimientos de tipo teórico. Por tanto, habrá de revocarse la sentencia en este punto y estudiar si procede a no la devolución de suma alguna.

De manera que habrán de analizarse primero los cargos referentes a las primas de vacaciones y de navidad, al auxilio o subsidio de transporte y a la partida de $160.548.518 por concepto de transporte pagado al personal de vuelo de Avianca en 1982, que según la demanda hace parte de la partida global de $213.014.408 (fl. 8, 14 y 36). En cuanto a la prima de vacaciones considera la Sala que es un desembolso que hace la empresa en forma habitual y obligatoria que integra la base sobre la cual debe liquidarse el aporte al Sena, conforme lo precisan los aportes de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que cita la Fiscalía (fls. 203/204). Recuerda la Sala que en recientes fallos suyos, en que se ha debatido aspecto similar al de la controversia actual, ha sentado su criterio al respecto así:

> "Siendo la remuneración la contraprestación que el patrono debe al trabajador, no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación al primero, todas las sumas que recibe el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales, constituyen remuneración derivada del contrato laboral.
>
> "De acuerdo con las reglas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127, 128 concordantes, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución de sus servicios de manera habitual, sea cualquiera la denominación que se adopte. No lo constituyen las sumas que el patrono le paga ocasionalmente y por mera liberalidad, ni lo que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación y los de transporte, ni las prestaciones sociales que el mismo estatuto contempla en su Títulos VIII y IX, dentro de las cuales no se hallan los pagos correspondientes a descansos remunerados, que están previstos en el Capítulo VII, y constituyen base de liquidación

de las prestaciones sociales, por lo cual no puede considerarse que forman parte de ellas. Tampoco adquieren tal naturaleza las primas que se pactan en convenciones colectivas como integrantes del salario para aquel fin. Ciertamente, como lo afirma el señor apoderado, la convención es la ley para las partes -patrono y trabajadores- pero ello no significa que pueda alterar las previsiones de la ley para efectos tributarios o paratributarios, campo en el cual obran las definiciones legales, para el caso el concepto de salario, que no puede ser otro distinto del que surge del Código de la materia. De lo contrario, las convenciones particulares resultarían oponibles al Fisco, desvirtuando con ellos las disposiciones de la ley." (Sentencia del Dr. Jaime Abella Zárate, Expediente No. 1985, Actor: Sofasa, fecha 13 de octubre de 1989).

Igualmente, comparte el criterio expuesto por ésta en lo atinente a que si bien la prima de servicios (artículos 128 C.S. del T.) no constituye salario al tenor del artículo 307 *ibídem* y por tanto no integra la base para liquidar los aportes al subsidio familiar y al Sena; tratándose específicamente de la prima anual de servicios sí debe computarse para el aporte al Sena porque el incremento en este caso (convención colectiva de trabajo) por encima del valor previsto por la ley, constituye una prestación extralegal diferente a las mencionadas en el artículo 128 ibídem no está amparada por la prohibición del artículo 307 ibídem, cualquiera sea la denominación que se le dé, como lo precisa también la vista fiscal; es decir "que se trata de una remuneración extraordinaria de carácter retributivo, oneroso que se paga en forma habitual y obligatoria; luego a la luz de los artículos 127 y 128 del C.S.T. constituye salario" (fl. 203). Por lo tanto no prosperan estos cargos.

En cambio si, prospera la pretensión encaminada a descontar de la base para liquidar el aporte al Sena la suma de $8.577.623.oo que integra la base de $2.845.817.346.oo (Resolución 00562 de abril 19 de 1985) porque por disposición del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 carece el Sena de fundamento legal para incluir el auxilio de transporte. Prospera el cargo.

Respecto de la partida de $160.548.518.oo que sostiene el apelante hace parte de la suma global de $213.014.408 y fue pagada por concepto de transporte del personal de vuelo, la Sala precisa que si se tratara esta erogación del pago de un medio de transporte no habría duda alguna que debería excluirse de la base para liquidar los aportes al Sena en 1982 porque no constituye salario (artículo 128 C.S. del T.) como lo observa la Fiscalía. Lo que ocurre es que si se observa el listado de pagos a terceros de 1982 (página 65) y se coteja el rubro "comidas, alojamiento y transporte" de la Resolución 000643 de 1984 por $305.120.993, con motivo del recurso de reposición (Resolución 01875 de 1984) se acepta lo del transporte ($52.077.244), pues solamente aparece "comida y alojamiento del personal de vuelo" ($251.459.252) partida que se descompone en pagos a hoteles y restaurantes por $38.444.844 y pagos al personal por $213.014.408. Lo anterior significa, sin lugar a dudas,

que dentro de la partida de $213.014.408 no corresponde ningún valor al concepto de transporte pagado al personal de vuelo, porque este valor fue descontado de la base de los aportes en cuantía de $52.077.244 como se evidencia en la Resolución 01875 de 1984; simplemente la confusión o error estriba en que la Resolución 0562 de 1985 que modificó con motivo de la apelación ese rubro (ordinal 9o. de los conceptos) descontando de las respectivas bases gravables de 1981 y 1982 los pagos efectuados por hoteles y restaurantes ($29.998.999 y $38.444.844 respectivamente), incluyó el rubro TRANSPORTE cuando éste ya había sido descontado de la base de los aportes de 1982, pues es definitiva, los $213.014.408.oo obedecen única y exclusivamente al concepto "Pagos al Personal", de ahí que no haya que descontar nada de esta partida que erróneamente se afirma contiene la suma de $160.548.518. No prospera el cargo.

Ahora bien, como la única modificación de los aportes al Sena de 1982 corresponde al rubro auxilio de transporte, la base para liquidarlos quedará en la siguientes forma:

Base aportes año 1982		
(Resolución 0562 de 1985, ordinal 9o)		$2.845.817.346
Menos: Auxilio de transporte (ord. 2o. ib.)		
	$ 8.577.623	8.577.623
B A S E		$ 2.837.239.723
2% de la base		$ 56.744.794
Menos: Aportes pagados por Avianca		
según Res.000643 de 1984, 01875 de		
1984 y 0562 de 1985 del Sena		$ 45.386.594
Reajuste recibo de Caja No. 98381 de Septiembre		
19 de 1985 (fl. 24)		$11.529.753
Suma pagada en exceso por Avianca		$ 171.553
Sumas Iguales	$56.916.347	$ 56.916.347

De acuerdo con lo precedentemente puntualizado considera la Sala que evidentemente sí procede la devolución de los valores pagados en exceso, según la anterior liquidación teniendo en cuenta para ello los actos administrativos expedidos por el Sena que dan cuenta que la actora pagó por aportes en 1982 la suma de $45.386.594 y también el recibo de caja No. 098381 de septiembre de 1985 visible a folio 24 del expediente.

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

FALLA:

1o. REVOCASE el numeral 2 de la sentencia de 9 de diciembre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso 4700.

2o. MODIFICANSE las Resoluciones 000643 de abril 4 de 1984, 0001875 de noviembre 19 de 1984 y 0562 de abril 19 de 1985 mediante las cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA ordenó a la empresa Aerovías Nacionales de Colombia AVIANCA el pago de los aportes causados en 1982 a favor de este establecimiento público.

3o. FIJANSE en cincuenta y seis millones setecientos cuarenta y cuatro mil setecientos noventa y cuatro pesos ($56.744.794.oo M/cte.), el valor que le corresponde pagar a Aerovías Nacionales de Colombia S.A. AVIANCA a favor del SENA por concepto de los aportes causados en 1982.

4o. De acuerdo con los pagos que aparecen acreditados, ORDENASE al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA devolver a Aerovías Nacionales de Colombia S.A. AVIANCA la suma de ciento setenta y un mil quinientos cincuenta y tres pesos ($171.553.oo M/cte.) por concepto del mayor valor de los aportes pagados en 1982 por la mencionada empresa, suma que se adicionará con los intereses comerciales corrientes (artículo 140 C.C.A.).

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SOCIEDAD EXTRANJERA - Sucursales. **DEDUCCION** - Improcedencia. **ASISTENCIA TECNICA**

Las sociedades matrices extranjeras receptoras del pago que por asistencia técnica que le efectúe su sucursal, pagan los gravámenes de renta y de remesas por el sistema de retención habida consideración de tratarse de una renta de naturaleza distinta a las operaciones recibidas por la sucursal. Siendo así, no podía el reglamento incluir este concepto como no deducible de los ingresos obtenidos por las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia, porque el concepto no está incluido como tal dentro de las normas legales que se dice está reglamentando y segundo porque ello implicaría someterlo de nuevo a gravamen, es decir, una vez bajo el sistema de retención en la fuente y otra a través de la no deducibilidad a su sucursal, lo cual, es contrario tanto a la ley como a la razón.

Declara la nulidad de la expresión "Asistencia Técnica" contenida en el artículo 25 del Decreto 2579 de 1983.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2319 Actor :Jaime González Bendiksen Autoridades Nacionales - Fallo.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el Artículo 84 del C.C.A. demandó del Consejo fuera declarada la nulidad de las palabras "Asistencia Técnica", contenidas en el Artículo 25 del Decreto 2579 de 1983 (septiembre 12) dictado por el señor Presidente de la República en uso de la facultad reglamentaria que le asigna la Constitución Nacional.

En el trámite del proceso, primero en Auto de noviembre 9 de 1988 que admitió la demanda y posteriormente en Auto de fecha 3 de abril de 1989 que conoció de la adición de la misma, el Consejero conductor no accedió a decretar la suspensión provisional del acto acusado. La norma demandada dijo, no solamente debe ser confrontada con el Artículo 51 de la Ley 9a. de 1983, sino con todas aquellas que hacen relación a la "Inversión Extranjera". Contra la negativa no se interpuso recurso de súplica.

PLANTEAMIENTO

La norma acusada dispone:

ARTICULO 25.- "Las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras no tendrán derecho a deducir de sus ingresos, a título de costo o deducción, cantidad alguna pagada o reconocida, directa o indirectamente a sus casas matrices u oficinas del exterior por concepto de comisiones, honorarios y demás gastos de administración o dirección, regalías, ASISTENCIA TECNICA y explotación o adquisición de cualquier clase de intangibles" (Se destaca la expresión acusada).

Consideró el demandante, que con esta norma se incurrió en desbordamiento de la facultad reglamentaria, con violación de los Artículos 43 y 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional, el Decreto 231 de 1983 y el artículo 51 de la Ley 9a. de 1983, al pretender incluir como no deducible para las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras, las sumas pagadas o reconocidas directa o indirectamente a sus casas matrices u oficinas del exterior, por concepto de "Asistencia Técnica", siendo que dicho pago no está contemplado como no deducible en las normas que dice reglamentar.

Lo anterior le resulta más claro si se tiene en cuenta la definición que de "Asistencia Técnica" trae el Artículo 2º del Decreto 2123 de 1975, pues no puede cobijarse dentro de los demás conceptos enumerados en la norma superior, ya que los pagos hechos a título de tal, no constituyen honorarios, comisiones ni demás gastos de dirección y administración, ni regalías o adquisición o explotación de intangibles.

Invoca igualmente la sentencia del 29 de abril de 1988 (Proceso 1126) que decretó la nulidad de la expresión "Técnicos y" contenida en el Artículo

2º (letra e, inciso 1º) del Decreto 2579 de 1983, por no encontrarse incluida esta expresión dentro de la disposición reglamentada.

IMPUGNACION DE LA DEMANDA

Se constituyó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en parte impugnadora, a través de delegado, consignando su oposición en escrito que obra a folios 79 y siguientes.

Argumenta el impugnador que la norma acusada no hizo otra cosa, que conformar en un solo cuerpo los conceptos que no son deducibles para las filiales, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras respecto a los pagos hechos a sus casas matrices u oficinas del exterior.

Agrega, que debiendo ser gravada la sociedad extranjera por estos conceptos, es factible que se graven indirectamente al no aceptar su deducibilidad en cabeza de la filial o sucursal en Colombia.

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación adhiere a lo expuesto por el H. Consejero conductor del proceso, en los autos que negaron la suspensión provisional, en cuanto a que las sociedades extranjeras con subordinadas, sucursales o agencias en el país no se encuentran dentro de la excepción prevista en el Artículo 50 de la Ley 9a. de 1983 luego están sometidas al gravamen de renta y complementario de remesas sobre los ingresos que por concepto de asistencia técnica perciban.

Disiente el Ministerio Público "es que de esta conclusión pueda deducirse, como lo hace el representante judicial de la Nación que la asistencia técnica al igual que otros conceptos que sí menciona expresamente el legislador, tenga el carácter de no deducible por subordinadas, sucursales o agencias, pues la gravabilidad de ingresos de fuente nacional en cabeza de sociedades extranjeras y la deducibilidad o no de ciertos pagos que a su favor hagan sus subordinadas, sucursales y agencias, son conceptos diferentes que pueden presentarse separada o conjuntamente, pues el uno ni presupone ni excluye al otro".

No considera válido el argumento de que el propósito fue incluir en un solo cuerpo todos los conceptos que por ser de fuente nacional generan el tributo, con el objeto de gravarlos no en cabeza de la sociedad sino a través de las subordinadas, sucursales o agencias, porque en el mismo decreto el Artículo 12 establece, que cuando las sociedades y otras entidades extranjeras sean beneficiarias de rentas sujetas a impuestos en Colombia que no correspondan a las operaciones desarrolladas en el país por su sucursal, estarán sometidos a la retención en la fuente a que se refieren los Artículo 9 y 11 del

mismo Decreto, o sea, a la retención en la fuente por los impuestos sobre la renta y complementarios de remesas, lo que significa que aún sobre las rentas no deducibles según el Artículo 25, deben por virtud del Artículo 12 pagar el gravamen las sociedades matrices extranjeras por el sistema de retención.

Con base en su argumentación estima que tiene razón el accionante al citar como violadas las normas que relaciona como tal en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El principio de certeza inherente al derecho tributario, implica la existencia de normas claras, precisas y completas, razón por la cual ellas deben fijar los parámetros para determinar la obligación sustancial, tales como la indicación de los sujetos pasivos, los hechos generadores del tributo, las bases gravables y las tarifas aplicables. Siendo estos aspectos esenciales para determinar los tributos, deben estar contenidos en las normas con fuerza de ley, por cuanto la facultad de imponerlos corresponde al legislador.

Corresponde al Presidente de la República la reglamentación de la ley, de conformidad con el ordinal 3º del Artículo 120 de la Constitución Nacional, pero en ejercicio de tal potestad no puede ampliar, restringir o variar los alcances o efectos de las normas legales, sólo proveer lo indispensable para que éstas puedan cumplirse, sin desfigurar o contravenir la voluntad del legislador.

Analizando el Artículo 51 de la Ley 9a. de 1983, se encuentra que dentro de los conceptos cuya deducibilidad restringió para las agencias o sucursales de sociedades extranjeras, no aparece incluido el de "Asistencia Técnica" que sí relacionó el reglamento, por lo que es acertada la denuncia que formula el demandante.

Cierto es, como se sostuvo en el auto admisorio del 5 de abril de 1989, que las sociedades extranjeras son gravables únicamente sobre su renta de fuente nacional (Decreto 2053 de 1974 Artículo 13, inciso 2º); la "Asistencia Técnica" se considera como renta de fuente nacional (*ibídem.* Artículo 14, Nº 7), luego todas las sociedades extranjeras, en principio, son gravables sobre los ingresos que perciban en razón de la asistencia técnica que presten a contribuyentes del país.

El Artículo 50 de la Ley 9a. de 1983 (también reglamentado por el Decreto 2579 de 1983) estableció como condiciones para no someter a impuesto de renta, ni de remesas, los giros para el pago de asistencia técnica, las siguientes: a) que el beneficiario no tenga domicilio en el país ni esté obligado a constituir apoderado y b) que el Comité de Regalías en aras de la protección de la tecnología nacional, dictamine que los servicios técnicos no pueden prestarse en el país. En consecuencia, como las filiales, subsidiarias, sucursales

o agencias de sociedades extranjeras en Colombia no pueden cumplir con la condición indicada en la letra a), relativa a domicilio y representante, se deduce que, en principio, resultan gravables las casas matrices por los ingresos que reciban por dicho concepto.

Es cierto también, que tratándose de una misma contribuyente, de una misma persona jurídica, como es la casa matriz y su agencia o sucursal, los sistemas para gravar la primera pueden ser directos o indirectos. Directos mediante retención en la fuente a falta de declaración de renta, o indirectos mediante la no aceptación de costos o gastos a su favor hechos por la sucursal, con lo cual ésta paga el gravamen que le corresponde a su casa matriz. Este fue el sistema desarrollado por el Artículo 25 del Decreto Reglamentario 2579 de 1983 sobre los pagos enumerados en el Artículo 51 de la Ley 9a de 1983, pero no podía extenderse el mismo a los pagos por asistencia técnica, no obstante ser estos también gravables.

Además porque, como lo observa la Fiscal, en tal evento resultaba aplicable el Artículo 12 de la misma Ley 9a. de 1983, según el cual "Cuando las sociedades u otras entidades extranjeras sean beneficiarias de rentas sujetas a impuesto en Colombia, que no correspondan a las operaciones desarrolladas en el país por su sucursal, estarán sometidas a la retención en la fuente a que se refieren los Artículos 9 y 11 de este decreto", esto es, a la retención en la fuente por los impuestos sobre la renta y su complementario de remesas.

Lo que significa que las sociedades matrices extranjeras receptoras del pago que por asistencia técnica que le efectúe su sucursal, pagan los gravámenes de renta y de remesas por el sistema de retención habida consideración de tratarse de una renta de naturaleza distinta a las operacionales recibidas por la sucursal.

Siendo así no podía el reglamento incluir este concepto como no deducible de los ingresos obtenidos por las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia, primero porque, como inicialmente se anotó, el concepto no está incluido como tal dentro de las normas legales que se dice está reglamentando y segundo porque ello implicaría someterlo de nuevo a gravamen, es decir, una vez bajo el sistema de retención en la fuente y otra a través de la no deducibilidad a su sucursal, lo cual, es contrario tanto a la ley como a la razón.

Ya en reglamentación anterior el Ejecutivo pretendió extender la no deducibilidad prescrita por la ley a otros conceptos, en Decreto Reglamentario que fue anulado por esta jurisdicción contenciosa. Evidentemente el Decreto 154 de 1968 al reglamentar en su Artículo 45 el Artículo 11 de la Ley 63 de 1967 entendiendo la prohibición de la no deducibilidad como no taxativa, la extendió a "gastos tales como intereses que no fue incluido en el texto por el legislador". (Sentencia de enero 22 de 1970. Consejero Ponente: Doctor

Hernando Gómez Mejía. Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre de 1970).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Es nula la expresión "ASISTENCIA TECNICA" contenida en el Artículo 25 del Decreto 2579 de 1983..

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE. CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge Torrado Torrado, Secretario

ERROR ARITMETICO. ANTICIPO

Si bien es cierto que el anticipo forma parte de la liquidación privada, tanto que la mora en su pago genera intereses en igual forma que la del impuesto, la causa de la sanción prevista en el artículo 46 del Decreto 3803 de 1982 está circunscrita al error aritmético cuya corrección genera "un mayor impuesto" sin que sea dable extender este concepto a lo que constituye una consignación para anticiparse a un posible impuesto del año siguiente (Ejercicio fiscal de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2399 Actor :Engineering And Petroleum Services N.V. Impuestos - Fallo

El apoderado de la Administración de Impuestos Nacionales, dependencia de la Dirección General de Impuestos, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 28 de septiembre de 1988, en la cual resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda de la sociedad ENGINEERING AND PETROLEUM SERVICES N.V., dirigida contra los actos que determinaron el impuesto sobre la renta a su cargo por el período fiscal 1983.

Solicita se revoque la sentencia, pues considera que se incurrió en error aritmético al determinar el anticipo correspondiente al año gravable de 1984

y ha debido aplicar igualmente la sanción conforme lo prevé el Artículo 46 del Decreto 3803 de 1982, armónico con el Artículo 94 de la Ley 9a. de 1983.

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de esta Corporación conceptúa que la sentencia recurrida debe se confirmada. Estima que si bien el Artículo 25 del Decreto 3803 de 1982 faculta a la Administración de Impuestos para corregir los errores aritméticos cometidos en las liquidaciones privadas presentadas por los contribuyentes, ésto no significa que esta clase de errores dé lugar siempre a la sanción por inexactitud.

Adhiere a los argumentos expuestos por el *a-quo*. Considera que la sanción sólo se da cuando practicada la corrección aritmética, su resultado produce un mayor impuesto a cargo del declarante o un menor saldo a su favor y como en el caso de autos la Administración Fiscal confirmó el gravamen determinado por la sociedad, modificó únicamente el "anticipo" que propiamente no es un impuesto, no se tipificó aquella.

El demandante, partiendo de la base de que el anticipo no es un impuesto porque su titularidad pertenece al contribuyente hasta tanto no ocurra el hecho imponible, concluye que la sanción a que se refiere el Artículo 46 del Decreto 3803 de 1982 no puede aplicarse cuando el contribuyente incurre en error en su determinación.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

La controversia se contrae a determinar, si cuando se modifica el anticipo por medio de una liquidación de corrección aritmética, es procedente o no en todos los casos aplicar la sanción que contempla el Artículo 46 del Decreto 3803 de 1982.

Jurídicamente el anticipo se fundamenta en un hecho hipotético pero posible de suceder. Presume la ley que el declarante tendrá una situación económica en el año siguiente, similar a la declarada. El patrimonio y sus rendimientos corresponderán por lo menos a unas bases imponibles que representen un tributo no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) de lo determinado en el año gravable. Presunción ésta que como tal admite prueba en contrario y que da la posibilidad al contribuyente de solicitar su reducción, cuando la actividad económica desarrollada por él se vea afectada por hechos ajenos a su voluntad que incidan en la productividad normal.

El anticipo se determina, con base en el impuesto sobre la renta y complementario de patrimonio fijado en la liquidación privada y se constituye a TITULO DEL IMPUESTO DE RENTA del año gravable siguiente al declarado: Artículo 94, Ley 9a. de 1983. Se recibe en el año fiscal en que se determina con imputación al impuesto que en definitiva resulte adeudarse

por el año gravable a que corresponda y cuando su determinación y pago no se haga en los términos que prescribe la ley, se generan los recargos y sanciones que la misma prevé.

El Artículo 24 del Decreto 3803 de 1982 determina que hay error aritmético entre otros casos: "Cuando al aplicar las tarifas respectivas, anota un valor diferente al que ha debido resultar" y "Cuando no obstante haber indicado correctamente las cifras relacionadas a descuentos, retenciones o anticipos, ANOTA COMO SALDO A CARGO O A FAVOR UN VALOR EQUIVOCADO DEL IMPUESTO RESULTANTE". (Subrayado y mayúsculas de la Sala).

Y el Artículo 46 del mismo estatuto establece que "Cuando de la corrección aritmética RESULTE UN MAYOR IMPUESTO A CARGO DEL CONTRIBUYENTE O UN MENOR SALDO A SU FAVOR se aplicará sanción del ciento por ciento sobre el mayor valor determinado según el caso, sin perjuicio de los intereses moratorios a que haya lugar". (Subrayado y mayúsculas de la Sala).

El Artículo 17 de la Ley 38 de 1969 estableció que en las liquidaciones privadas del impuesto los contribuyentes "*agregarán*" al total liquidado el valor del anticipo, que el Artículo 94 de la Ley 9a. de 1983 cualificó como pago que debe hacerse "a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable".

La Sala considera que si bien es cierto que el anticipo forma parte de la liquidación privada, tanto que la mora en su pago genera intereses en igual forma que la del impuesto, la causa de la sensación prevista en el Artículo 46 del Decreto 3803 de 1982 está circunscrita al error aritmético cuya corrección genere "un mayor impuesto" sin que sea dable extender este concepto a lo que constituye una consignación para anticiparse a un posible impuesto del año siguiente.

Al desatar esta controversia la Sala tiene en cuenta la naturaleza diferente de los conceptos de impuesto y anticipo y que estando la norma sancionadora referida al primero, no puede comprender por ampliación o analogía al segundo dado el criterio restrictivo que la Sala tradicionalmente ha aplicado en la interpretación de normas de este carácter.

En esta forma se acoge el criterio expuesto por el *a-quo* y el Ministerio Público que fué concordante en ambas instancias.

Aclara sí al Tribunal que los Artículos 38 y 39 de la Ley 52 de 1977 en los cuales arraigó su decisión fueron derogados por el Decreto 3803 de 1982, estatuto que era aplicable en el periodo que se debate. El concepto de "error aritmético", el procedimiento, los términos y los efectos de su corrección

fueron reglados en el nuevo estatuto en los Artículos 24, 25, 44 y concordantes, los cuales además debían relacionarse, en este caso, con el 94 de la Ley 9a. de 1983 que prescribía las distintas o posibles bases y tarifas para la determinación del anticipo, según las circunstancias de hecho en que se encontrara el contribuyente.

En los mentados artículos la Ley 52 de 1977 preveía como aspecto tratable por la vía de la corrección aritmética, la omisión o la modificación de los porcentajes y cantidades prefijadas por la ley, causal que fué suprimida en el Artículo 24 del Decreto 3803 de 1982, o sustituida por la del error al aplicar "las tarifas respectivas" o la anotación de un valor equivocado del impuesto resultante, no obstante haber declarado correctamente las cifras de descuentos, retenciones o anticipos (literales b y c).

De tal suerte que la omisión del anticipo no constituía error aritmético y anotar un resultado diferente al correcto, bien podía provenir de diferencia de criterio o aún equivocación en la escogencia de la base lo cual tampoco podía considerarse como error aritmético. La Administración para corregir esta clase de equivocaciones del contribuyente podía apelar a los procedimientos ordinarios que la ley le otorga para modificar las liquidaciones privadas de los contribuyentes sin necesidad de forzar los conceptos para colocarse en el procedimiento especial consagrado para corregir los "errores aritméticos" cuyo concepto natural y obvio no es otro que la equivocación en alguna de las cuatro operaciones matemáticas elementales.

Por estos motivos la sentencia deberá confirmarse.

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:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos*,(ausente);

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO. DECLARACION TRIBUTARIA - Modificación. **LIQUIDACION PRIVADA** - Modificación

La adición o modificación de la declaración o de la liquidación privada, sustituye el acto declarativo anterior, y el pago de las cuotas pendientes se efectuará según que aquélla represente un mayor o menor valor de la liquidación privada presentada con posterioridad al vencimiento de la primera cuota.

DEMANDA-Requisitos. **PARTES**-Designación. **DEMANDA**-Interpretación **PRINCIPIO DE EFICACIA**

La finalidad de todo proceso jurídico-tributario no es otra que la de establecer la obligación sustancial y este objetivo debe tenerlo en cuenta el juez al interpretar la ley procesal; el juez no debe dictar fallo inhibitorio cuando el contenido de la demanda pueda identificar las partes y sus representantes sin ninguna dificultad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2487 Actor : Fábrica de Especias y Productos El Rey S.A. Impuestos -Fallo.

La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 11 de noviembre de 1988, en la cual resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda de la sociedad "FABRICA DE ESPECIAS Y PRODUCTOS EL REY S.A.", dirigida contra los actos que determinaron el impuesto de Industria y Comercio correspondiente al año gravable de 1979, vigencia 1980.

Solicita se revoque la sentencia por ser contraria a lo dispuesto en el Artículo 7º del Decreto local 1901 de 1977, norma que exige como presupuesto para viabilidad de la adición a la declaración de Industria y Comercio, el pago previo de la suma de $250.

Estima que el certificado sobre el cual se fundamentó el fallo, se limitó a afirmar que no es posible suministrar información acerca del pago, hecho que sumado a la ausencia dentro del expediente de documento que lo acredite, obliga a mantener la decisión gubernamental.

Reitera igualmente la solicitud para que se declare probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda porque en ella no se precisa la parte demandada.

OPOSICION DEL DEMANDANTE

A las objeciones administrativas que implicarían la revocación de la sentencia, se opone la apoderada de la sociedad.

Insiste en la procedencia de la adición que se efectuó al denuncio fiscal, porque la tributante al contrario de lo que sostiene la agencia fiscal, sí cumplió con el requisito del pago previo de la suma de $250, requerido por la ley. Lo prueba la admisión de aquella y la providencia que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Liquidación Oficial Nº 329 de octubre 23 de 1985. No formuló esta reparo alguno ni a la adición ni al pago requerido para el efecto. Convalidó la actuación y revocó la determinación oficial impugnada.

Cita varios tratadistas en apoyo de su petición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de esta Corporación solicita se confirme la sentencia apelada.

Está de acuerdo con el Tribunal. Considera improcedente la petición de una decisión inhibitoria por cuanto el *a-quo* ejerciendo la facultad de

interpretación de la demanda no tuvo duda en entender que el sujeto pasivo de la relación procesal era el Distrito y a él citó.

Analizando el aspecto de fondo, las normas reguladoras de la materia objeto de controversia y el formulario en el que se presentó la adición, concluye que la sociedad cumplió con todas las formalidades exigidas para sustituir el acto declarativo inicial y el que no obre dentro del informativo el recibo de pago de los $250, no significa que éste no se efectuó, toda vez, dice, "que radicada la adición y siendo éste un requisito para su recepción, puede entenderse que el pago si se verificó". Sería pecar de exagerado rigorismo desconocer su validez.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Sobre los antecedentes antes transcritos, la Sala precisa que en el presente caso son dos los puntos sobre los cuales se debe decidir:

1. Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y

2. Validez de la adición a la declaración de Industria y Comercio.

1. EXCEPCION DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

La finalidad de todo proceso jurídico-tributario no es otra que la de establecer la obligación sustancial y este objetivo debe tenerlo en cuenta el juez al interpretar la ley procesal, de manera que en aras de un rigorismo exagerado no se sacrifique el derecho.

Aunque absolutamente necesario es pues, precisar en la demanda las partes y sus representantes para que se trabe la relación procesal, el juez no debe dictar fallo inhibitorio cuando el contenido de aquella pueda identificarlas sin ninguna dificultad, en el caso de la parte demandada esta ha sido notificada o ha intervenido en su defensa.

Y eso precisamente fue lo que ocurrió en el caso de autos: sin manifestar duda sobre las partes que intervenían en la litis, el *a-quo* citó al Distrito Especial como sujeto pasivo de la relación procesal y este compareció a través de su Representante Judicial, el Personero Distrital, por lo cual la Sala está de acuerdo con la decisión del Tribunal de pronunciarse sobre la controversia de fondo a lo que procede a continuación.

2. VALIDEZ DE LA ADICION A LA DECLARACION DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Del examen de los elementos de juicio que fueron traídos al expediente se advierten los siguientes hechos:

La sociedad presentó la declaración de Industria y Comercio por el año gravable de 1979, el 21 de abril de 1980. En ella determinó un promedio mensual de operaciones de $2'778.765. previo descuento de la suma de $134´101.702. anuales por ventas realizadas por fuera de Bogotá.

El 5 de mayo del mismo año y dentro de la oportunidad legal, adicionó el denuncio fiscal. Modificó el promedio mensual de operaciones asignándole un valor de $13´953.906.93 y determinando un impuesto mensual de $25.117.03. Esto es, eliminó el descuento solicitado por ventas realizadas en lugares distintos a Bogotá.

Con base en la declaración inicialmente presentada y haciendo caso omiso a la modificación, la Administración Distrital practicó la liquidación contenida en la Resolución Nº 00044 del 23 de febrero de 1981, aumentó el impuesto determinado en la liquidación privada presentada por la contribuyente, y sancionó a la empresa por inexactitud.

Recurrida la citada liquidación oficial, la Dirección de Impuestos Distritales por Resolución Nº 0303 del 25 de marzo de 1983 modificó la Resolución Nº 00044 de febrero 23 de 1981. Aceptó la adición y practicó una nueva liquidación sensiblemente distinta a la privada contenida en aquella.

En apelación subsidiaria la Junta Distrital de Hacienda revocó la Resolución Nº 0303 y confirmó la liquidación oficial inicial. Desestimó la adición al denuncio fiscal inicialmente presentado porque "No anexa el recibo de pago por valor de $250, ni a la presentación de la declaración-adición como tampoco a la fecha de interposición de los recursos".

Ante la jurisdicción la accionante insiste en que cumplió con todos los requisitos requeridos por la ley para efectuar la adición, entre ellos el pago de los $250, cuyo recibo no posee pero invoca para comprobarlo la verificación con las Oficinas Distritales donde el abono se efectuó.

Así planteada la controversia, la Sala procede a analizar el punto a la luz de las normas reguladores del tema.

En efecto, el Artículo 7º del Decreto 1901 de 1977 sobre el particular establece: "Los contribuyentes podrán modificar o adicionar su declaración de Industria y Comercio, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo establecido para la presentación de la misma. En estos casos

PODRAN HACERLO MEDIANTE EL PAGO DE $250.oo ACREDITADO POR RECIBO DE LA TESORERÍA DISTRITAL..." (Las mayúsculas son de la Sala).

Y los Artículos del 11 al 15 del Decreto Reglamentario 1083 de 1978, define lo que por adición debe entenderse, los efectos que la misma produce y el método para calcular las cuotas partes pendientes por motivo de la adición.

En síntesis, la adición o modificación de la declaración o de la liquidación privada, sustituye el acto declarativo anterior, y el pago de las cuotas pendientes se efectuará según que aquella represente un mayor o menor valor de la liquidación privada presentada con posterioridad al vencimiento de la primera cuota.

El repaso de los antecedentes administrativos y la confrontación de los mismos con las disposiciones legales en cita, dan bases para establecer que la adición no podía efectuarse sin el pago previo de los $250. De manera que si la Administración la recibió y radicó era porque estaba comprobado este y como también lo estaba cuando profirió la Resolución Nº 0303 de marzo de 1983 que revocó, por admitir como procedente la adición, la liquidación oficial inicial.

Si la verificación del pago solicitada por la sociedad no pudo llevarse a cabo no fué por culpa suya sino de las Oficinas de Impuestos que ordenaron la destrucción de los archivos oficiales.

Por lo demás, como bien sostiene el Ministerio Público "no puede la Administración negar la existencia de una adición que fué presentada oportunamente y radicada por las Oficinas de Impuestos sin objeción alguna sobre el particular. Menos aún desconocer la modificación efectuada voluntariamente por la misma contribuyente liquidándose un mayor impuesto para sancionarlo por una inexactitud que no es real sino meramente formal toda vez que deviene no de la voluntad del tributante sino del no cumplimiento de un requisito sustancial como es una tasa de valor ínfimo".

Con fundamento en lo anterior e independientemente de la interpretación que se le asigne a la certificación contenida en el folio 192 del expediente y a la que alude la sentencia objeto de instancia, la Sala estima que asiste derecho a la demandante para que se le acepte la adición que presentó con todos los formalismos que le exigió el legislador.

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:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*(ausente);

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA VENTAS - Devolución

No es posible proceder a la devolución de sumas que en calidad de depósito provisional consigna el importador sin haberse efectuado la aplicación del mismo en calidad de pago de impuestos definitivamente liquidados por la Administración al nacionalizar la mercancía, único momento por ser el de la causación del impuesto a las ventas por importación de materias primas en que se podrá determinar la realidad de un saldo a favor y el derecho a su devolución (VI Bimestre de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto diez (10) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 1774. Actor :Barnes de Colombia S.A. Impuestos. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad "BARNES DE COLOMBIA S.A." Nit: 60.002.455, domiciliada en esta ciudad, contra la sentencia del 13 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual deniega las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de devolución del impuesto sobre las ventas del VI Bimestre de 1983.-

ANTECEDENTES

La sociedad presentó su declaración de ventas correspondiente al sexto Bimestre de 1983, el día 30 de enero de 1984 y en ella determinó un saldo total a su favor de $1.469.295.-

Con solicitud Nro. 6084 del 31 de enero de 1984, la sociedad pidió la devolución de la suma anteriormente mencionada, la que fue resuelta por la Auditoría Interna de impuesto sobre las Ventas de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante Resolución 00471 del 16 de abril de 1984, en el sentido de ordenar sólo la devolución de $436.722, y en consecuencia, negó la suma de $1.032.573.-

La sociedad peticionaria interpuso recurso de reposición contra la providencia anterior, en memorial de fecha mayo 17 de 1984, que fue fallado por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante la Resolución A-000428-P del 28 de marzo de 1985, que agotó la vía gubernativa en la cual se accede a devolver la suma adicional de $478.980, resultando en definitiva un rechazo en cuantía de $553.593 en relación al valor inicialmente solicitado.

Inconforme la sociedad por medio de apoderado, acude en acción de restablecimiento del derecho, alegando la violación de los artículos 25 del Decreto 1988 de 1974, 10 y 23 del Decreto 1494 de 1978, al estimar que:

"El criterio expuesto por la Administración de Impuestos Nacionales, es contrario a la evidencia de los hechos, a las normas legales que he considerado violadas y a la doctrina" de la Dirección de Impuestos Nacionales expuesta en la circular 008 y en el concepto 055 que me permití transcribir en acápites anteriores".-

"La contraevidencia surge de que la Administración no le ha dado a las pruebas existentes el valor que ellas tienen".-

"Mediante los certificados del revisor fiscal de la sociedad se establece sin lugar a duda alguna, que todos los descuentos solicitados en el VI Bimestre de 1983, fueron debidamente contabilizados en el mismo bimestre y que de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 1494 de 1978, la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, correspondiente al bimestre en referencia, fue ajustada y su saldo quedó en cero."

"Por otra parte, del anexo oficial Nro. 4 debidamente diligenciado y rubricado con la firma del Revisor Fiscal, Sr. Gerardo Flórez Polo, se desprende también sin lugar a duda alguna, que con relación a todas y cada una de las partidas que componen el total rechazado por pagos en la aduana, la sociedad pagó el depósito provisional que constituye el descuento".-

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda por cuanto considera que la devolución de las sumas correspondientes a impuestos descontables por concepto de bienes importados, no es posible demostrando su pago con los recibos de cancelación de los depósitos provisionales.-

Apoya su anterior razonamiento en la causación del Impuesto sobre las Ventas y en el derecho que tiene el contribuyente a descontar los pagos en aduanas, para concluir diciendo que sólo en el momento en el cual se nacionaliza la mercancía se causa el impuesto; el momento en el cual se constituye el depósito provisional es anterior a la nacionalización; en consecuencia, no puede descontarse el impuesto pagado en aduana sino una vez causado, circunstancia que sólo ocurre cuando se nacionaliza la mercancía, por cuanto antes es sólo garantía del pago.-

LA APELACION

Contra la sentencia anterior, el apoderado de la contribuyente interpuso recurso de apelación ante esta Corporación, en memorial presentado el 18 de mayo de 1987, en el que expresa que la doctrina del Tribunal es abiertamente contraria a la doctrina de la Dirección General de Impuestos Nacionales expuesta en la circular Nro. 008 del 28 de marzo de 1980, que textualmente dice al referirse al descuento por pagos efectuados en la Aduana: "Dicho descuento deberá contabilizarse en el bimestre en el cual se efectuó el pago en cualquiera de los dos bimestre siguientes, una vez contabilizado el descuento en el lapso legal deberá solicitarse en la declaración de ventas correspondiente al bimestre de su contabilización. Este y no otro es el sentido de la ley en lo concerniente al problema denominado "Débito y Crédito Fiscal".-

6o. "Si el referido pago se surtió en la modalidad prevista por los artículos del Decreto 849 de 1979 ó 1º y siguientes del Decreto 2888 del mismo año, el importador acompañará a su declaración de ventas, dentro del período de adición, copia o fotocopia auténticas del correspondiente recibo de consignación e informará en dicho lapso el valor definitivo del impuesto sobre las ventas de conformidad al respectivo comprobante de rentas por cobrar, indicando el número y la fecha de dicho comprobante. No sobra recordar que la fecha para efectos del descuento, es la del recibo de consignación".-

"Es decir, en otras palabras, que el recibo de consignación del depósito a que alude el artículo 6o. del Decreto 849 de 1979, es el que da derecho al descuento del impuesto pagado en la Aduana".-

"No puede impartirse una orden como la contenida en la Circular 08, cuyos apartes más importantes transcribí anteriormente, de obligatorio cumplimiento para el Administrador y los administradores, mientras esté vigente, para posteriormente sentenciar de manera contraria desconociendo totalmente la orden que, respetuosamente, acató el contribuyente.".

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación estima que la sentencia apelada debe confirmarse, porque:

"Aceptando que la Dirección de Impuestos tiene amplias facultades para interpretar por vía general las normas que regulan los tributos, estas interpretaciones deben entenderse como un mecanismo de ayuda a los contribuyentes para la mejor compresión de la ley, pero sin que en ningún caso puedan entenderse como norma obligatoria para la Administración ni para los contribuyentes. El Decreto 1974, en su artículo 22 establece: "Cuando el responsable del impuesto sobre las ventas lleve su contabilidad a base de causación podrá restar el valor de los impuestos liquidados por las compras, aunque éstas no se hayan cancelado", norma que da la posibilidad de contabilizar el impuesto al momento de su causación, con anterioridad a su "pago real".-

"El Decreto 1494 de 1978, reglamentario del 1988 de 1974, en su artículo 6o. determinó muy claramente cuando se *causa* el impuesto en el caso concreto de mercancía importada, señalando este momento como el de su nacionalización y como para ésta es indispensable el comprobante de renta que contiene la liquidación total y definitiva de los derechos aduaneros, incluído el impuesto de ventas, debemos concluir con el Tribunal que es este documento el que da derecho al descuento del impuesto."

"El depósito provisional se efectúa antes de que se cause el impuesto y al tenor del artículo 6o. del Decreto 849 de 1979 no es sino una garantía de la cancelación de los derechos de aduana que sólo viene a convertirse en pago una vez producida la liquidación oficial que determine en definitiva la cuantía de tales derechos, siendo posible por consiguiente que su valor sea insuficiente para satisfacer el pago o que haya lugar a excedentes y aún a su devolución total (artículo 2º del Decreto 3509 de 1982, 167 y 170 del Decreto 2666 de 1984)".-

"En consecuencia, las devoluciones solicitadas por la sociedad actora con base en el depósito provisional y sin comprobante de renta, o sea sin nacionalizar, no son procedentes; como tampoco lo son aquellas nacionalizadas en enero de 1984 y cuyo descuentos se está solicitando con la declaración del sexto bimestre de 1983".- (fls. 68 y 69 cdno ppal).-"

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El asunto radica fundamentalmente en determinar si de acuerdo con las normas del impuesto sobre las ventas vigente en la fecha en la cual se solicitó la devolución (Enero 31 de 1984), se permite o no la devolución del impuesto contabilizado con base en un depósito provisional efectuado conforme con lo ordenado por los artículos 6 y 8 del Decreto 849 de 1979, pues como lo afirma la Señora Fiscal Sexto de la Corporación, no debe hacerse tal deducción por indicarlo así la Dirección de Impuestos en una circular que se dice violada, toda vez que la interpretación allí consignada constituye una mera opinión incapaz de producir efectos distintos a los regulados por la Ley y que sólo debe entenderse como mecanismo de ayuda a los contribuyentes y nada mas.-

Dispone el Decreto 849 de 1979:

"ARTICULO 6o. -El pago de los derechos de aduana se garantizara mediante la constitución de un depósito provisional en las entidades bancarias oficiales que para tal efecto autorice la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público".-

"El valor del depósito provisional no podrá ser inferior al total de los derechos liquidados en el formulario del manifiesto por el importador o su agente de aduana".-

"ARTICULO 8o.- Los administradores de aduana aplicarán el valor de los depósitos provisionalmente de que trata el artículo 6o. del presente Decreto, al pago de los derechos de aduana correspondientes a las importaciones una vez efectuada la liquidación definitiva".-

De las normas transcritas se deduce que el depósito provisional se hace con la finalidad de garantizar el pago de los derechos de aduana al Estado y que al producirse la liquidación definitiva de tales derechos, el depósito se aplica a la cancelación de los mismos.-

Los derechos de aduanas fueron definidos por la Ley 79 de 1931, cuando aún en el país no existía el impuesto sobre las ventas, que sólo vino a crearse de manera regular por el Decreto 3288 de 1963.-

Posteriormente el Decreto 435 de 1971 expedido por el Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 20 de 1970, dispuso en su artículo 13, literal H, que:

"Se causará el impuesto a las ventas por el simple hecho de la importación directa por parte de las personas naturales o jurídicas o por entidades de derecho público. La liquidación se hará por las autoridades de aduana

y lo pagará el importador conjuntamente con los derechos arancelarios, sobre la misma base gravable de estos más tales derechos".-

"En el caso de venta posterior de estos productos, se causará el impuesto sobre el precio convenido por los contratantes, deduciendo el impuesto inicialmente pagado en el momento de la importación, en la forma prevista en las disposiciones vigentes".

Norma que fue incorporada por el Decreto 1988 de 1974, artículo 14, que preceptúa:

"Mercancías importadas. En el caso de mercancía importada, la base para liquidar el impuesto es la misma de los derechos de aduana adicionada con tales derechos".-

Queda claro entonces que los derechos de aduana no pueden confundirse con el impuesto sobre las ventas y que este impuesto no hace parte de los derechos de Aduana y que para liquidarlos en el momento de la nacionalización de la mercancía, se entiende por derechos de aduana solo los gravámenes específicos o *ad valorem* a que se encuentren sometidos conforme al arancel, los artículos importados.-

El depósito provisional se hace entonces con base en un cálculo también provisional que comprende todos los rubros materia de liquidación incluyendo el impuesto sobre las ventas, cuya imputación se efectúa una vez se liquiden de manera definitiva los derechos e impuestos.-

De acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2815 de 1974:

"Del valor de los impuestos liquidados en un determinado periodo gravable, el contribuyente tiene derecho a descontar los impuestos sobre las ventas por los siguientes conceptos".-

"a).....

"e) *Los pagados* en Aduanas por materias primas y demás elementos que normalmente se incorporan a los costos y gastos de producción y venta, incluidos los de administración".- (subraya la Sala).-

Por su parte el artículo 11, *ibídem* dispone:

"Los descuentos de que trata el artículo anterior sólo pueden efectuarse en la Declaración correspondiente a *la fecha de su causación*, o en la de uno de los dos períodos inmediatamente siguientes. El no efectuarlos en una de las oportunidades indicadas acarrea la pérdida del derecho" (subraya la Sala)

En consecuencia, no es posible proceder a la devolución de sumas que en calidad de depósito provisional consigna el importador sin haberse efectuado la aplicación del mismo en calidad de pago de impuestos definitivamente liquidados por la Administración al nacionalizar la mercancía, único momento por ser el de la causación del impuesto a las ventas por importación de materias primas; en que se podrá determinar la realidad de un saldo a favor y el derecho a su devolución, razón por la cual la decisión del *a-quo* merece ser confirmada.-

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:

CONFIRMASE la sentencia del 13 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de apelación.-

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la Fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Ausente;*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DEMANDA - Ineptitud. **SENTENCIA INHIBITORIA** - Improcedencia

Si bien pudo presentarse imprecisión o deficiencia en el señalamiento de la parte demandada tal imperfección ha debido ser advertida en la oportunidad procesal establecida en el articulo 143 del C. C. A. para efectos de la inadmisión o corrección de la demanda, por lo que resulta improcedente la declaratoria de inhibición por ineptitud de la misma en el momento de decidir la controversia, máxime cuando la entidad demandada actúo dentro del proceso, ejerciendo la plenitud de sus derechos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto diez (10) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. 2797. Actor: Ingenio Riopaila S.A.

Apelación sentencia de 12 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1980. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad INGENIO RIOPAILA S. A. Nit. 90.302.567, contra la sentencia de 12 de octubre 1989 mediante la cual el Tribunal Administrativo

del Valle del Cauca se inhibió para hacer un pronunciamiento de fondo por ineptitud de la demanda.

ANTECEDENTES

En requerimiento especial 1459 de marzo 22 de 1983 la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali anunció a la contribuyente que por el año gravable de 1980 le modificaría la participación en DISTRIBUIDORA COLOMBINA LTDA. Nit. 90.301.163 de la cual es socia con un 13,029910%. El memorando explicativo de la liquidación oficial de revisión 00697 de Julio 22 de 1983 registra una adición a la renta líquida del orden de $1.319.774 la cual resulta de la diferencia entre el valor declarado como participación fiscal en la mencionada sociedad ($100.567) y la que le correspondió en el reparto ($1.420.341) efectuando con motivo de la liquidación de revisión 00688 de julio 22 de 1983 que le practicó a esta última la Administración de Impuestos Nacionales de Cali por el mismo año gravable de 1980. (fls. 17, 20/22)

En el recurso de reconsideración la contribuyente, dada la conexidad existente entre sociedad y socio, se acogió al resultado de la reclamación presentada por Distribuidora Colombina Ltda. ante la División de Recursos Tributarios de la mencionada Administración , solicitando además, se tuviera en cuenta la parte correspondiente del descuento tributario del 16% por participaciones fiscales a que tiene derecho conforme a las previsiones del articulo 23 del Decreto 2348 de 1974. Por su parte la División de Recursos Tributarios en Resolución RT-015 de enero 18 de 1985 precisó que todos los descuentos generales y especiales solicitados por la contribuyente le fueron aceptados en su totalidad en la liquidación de revisión; y en cuanto a las participaciones en si, que permanecerían sin ninguna modificación toda vez que el recurso impetrado por Distribuidora Colombina Ltda. le fue desfavorable en el logro de sus pretensiones según lo indica la Resolución 0764 de diciembre 18 de 1984. (fls. 34/37).

Agotada la vía gubernativa la actora ocurrió en demanda ante el Tribunal precisando que en virtud de lo dispuesto por el artículo 149 del C.C.A. que permite a una entidad pública actuar como demandante, demandada o interviniente en procesos contencioso administrativos, pidió en el libelo tener como parte demandada a la Administración de Impuestos Nacionales de Cali y como su representante al Administrador de la misma, Guillermo Alfonso Solanilla Moreno, o por quien haga sus veces. Así mismo, al referirse al acápite de "partes y representantes", que debe contener la demanda por disposición del numeral 1 del artículo 137 *ibídem*, relieva el artículo 150 del Decreto 01 de 1984 en el cual se expresa que las entidades públicas, y una de ellas es la Dirección General de Impuestos Nacionales, son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelantan contra ellas o contra los actos que expiden.

Respecto a la prosperidad de sus pretensiones cita como transgredido el artículo 61 de la Ley 52 de 1977, pues a su juicio genera la obligación de estarse a su definición para determinar las participaciones de los socios en los haberes de la Compañía que discute los referidos asuntos de impuestos, precisando además que no es válida la situación impositiva de 1980 que se le presenta al Ingenio Riopaila S.A. hasta tanto no se defina la suerte de Distribuidora Colombina Ltda. cuyo proceso por el mismo año gravable se ventila ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. (fls. 46/47).Y en cuanto al descuento tributario del 16% por las participaciones fiscales reitera que sobre el incremento de las participaciones en $1.319.774 le asiste el derecho a obtener sobre ese mayor valor el correspondiente descuento; de manera pues, que el demandante hace consistir la violación en la indebida aplicación del artículo 23 del D.L. 2343 de 1974 por partes de la Administración Tributaria. (fls. 48/49).

Mediante auto de fecha 14 de junio de 1985 el Tribunal de instancia admitió la demanda y ordenó su notificación personal al Jefe de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali conforme a lo preceptuado por el inc. 2, artículo 1o. del Decreto 389 de 1978 (fl. 54). En virtud de la Resolución de delegación 004 de junio 16 de 1988 originaria de la División de Recursos Tributarios el doctor Efrén Fernández F. se hizo parte en el proceso contencioso de impuestos, reconociéndosele personería para actuar (auto de noviembre 17 de 1988, folio 79) en representación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali según lo registran los folios 70 a 76 del expediente. Sin embargo, el a-quo con fundamento en concepto emitido por el Fiscal Segundo del Tribunal Administrativo consideró que como la demanda está dirigida contra la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, no se demandó a una persona jurídica, como es la Nación, careciendo de capacidad jurídica para ser parte en calidad de demandado, por lo cual profirió, en consecuencia, decisión inhibitoria por ineptitud de la demanda. (fls. 88/91)

RECURSO DE APELACION

La actora impugna el fallo del Tribunal aduciendo que de acuerdo con el inc. 4o. del Decreto 01 de 1984 citó parte demandada a la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, entidad que produjo los actos acusados. Seguidamente se refiere a los presupuestos que integran la relación jurídica procesal para afirmar que los antecedentes del proceso indican muy a las claras que la Nación estuvo permanentemente representada por el funcionario legalmente señalado, quien en ningún momento alegó nulidad por irregularidad alguna en la oportunidad procesal correspondiente, circunstancia que conduce a considerar como subsanada la presunta imperfección al tenor del último inciso del artículo 152 del C. de P.C. Por lo demás precisa que el doctor Efrén Fernández F. obró a nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Nación- para impugnar la demanda y el Tribunal le reconoció

personería en calidad de tal, mediante auto notificado en noviembre 24 de 1988. En refuerzo de sus argumentaciones se refiere al criterio sentado por el Consejo de Estado en el sentido de que, después de citar para sentencia no puede rechazarse la demanda, porque en esta etapa el proceso ya ha precluído la oportunidad procesal de tal pronunciamiento y cita al respecto la sentencia de 25 de marzo de 1988, proceso 1547, actor Gaseosas Hipinto, Consejero Ponente Jaime Abella Zárate. Por tanto, el apelante solicita la revocación del fallo inhibitorio y se proceda a decidir los puntos materia de la litis.

Acerca del mayor valor de la participación fiscal en Distribuidora Colombina Ltda. insiste en la transgresión del artículo 61 de la Ley 52 de 1977 por cuanto la situación de Ingenio Riopaila S.A. por 1980 no puede finalizarse antes de saber la suerte del proceso contencioso de Distribuidora Colombina Ltda. por el mismo ejercicio fiscal, circunstancia que obliga, a su juicio, a detener el fallo hasta que sea finalizada la acción jurisdiccional en el proceso 13840 (Distribuidora Colombina Ltda.) para de esa manera, una vez conocido el total correspondiente a Ingenio Riopaila S.A. en Distribuidora Colombina Ltda. contar con la firmeza necesaria. Y en lo atinente al descuento tributario del 16% señalado en el artículo 23 del Decreto Ley 2348 de 1974 reproduce la misma argumentación de la demanda reiterando que la Administración de Impuestos de Cali transgredió por indebida aplicación la mencionada norma. (fls. 97/102).

PARTE DEMANDADA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, de conformidad con la Resolución de Delegación 0015 de enero 5 de 1990 confirió poder a la doctora Luz Elizabeth Quintana de Palomino para hacerse parte en el proceso de la referencia, puntualizando en primer término, que si la demanda no reunía uno de los requisitos señalados en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (designación de una de las partes), ha debido el Tribunal seguir el procedimiento indicado en el artículo 143 del mismo Código (hoy artículo 26 del Decreto 2304 de 1989), es decir la inadmisión y corrección de la demanda. (fl. 112).

Al evocar el tema del presunto quebrantamiento del artículo 61 de la Ley 52 de 1977 observa que la argumentación e interpretación que de esta norma hace el recurrente revela ligereza por cuanto ella se refiere única y exclusivamente a las actuaciones en vía gubernativa. Y en cuanto a la petición que se eleve el descuento por concepto de dividendos, precisa que al tenor del artículo 23 del Decreto 2345 de 1974, habida cuenta del reajuste practicado a su liquidación privada, estima improcedente el reajuste, ya que el descuento solicitado en su denuncio rentístico fue aceptado en su totalidad, a pesar de exceder el 30% de la renta liquida correspondiente al ingreso y aunque se ha reajustado el valor de los dividendos, el descuento impetrado sigue superando

el límite establecido por el artículo 90 del Decreto 2053 de 1974. En consecuencia, solicita, la parte opositora que se revoque la sentencia inhibitoria de octubre 12 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar se nieguen las peticiones de la demanda. (fls. 112/115)

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexto de la Corporación, doctora Dolly Pedraza de Arenas comparte la decisión inhibitoria del Tribunal porque en la demandada se incurrió en el error de citar como demandada a la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, organismo que no tiene personalidad jurídica ni está legitimada en causa pasiva, ya que "tratándose la acusación de una liquidación de impuestos Nacionales, es la Nación quien debe responder en juicio representada por el Director General de Impuestos Nacionales como lo dispone el artículo 149 del C.C.A. (fl. 119).

Observa que, si bien en otros casos ha sostenido que la omisión en la cita de la parte demandada puede no tener relevancia porque aparece en forma inequívoca contra quien se dirige, evento en el cual el juez en ejercicio de la facultad de interpretar la demanda la deduce y ordena su comparencia al proceso sin que oponga la compareciente, en el *subexamine* "esta tesis no tiene cabida, toda vez que no se trata de una omisión de la demanda sino de la cita expresa de un organismo diferente, y por ella no hay lugar a interpretación alguna; entender que la parte demandada no es organismo citado sino la Nación sería desconocer los términos del libelo. Por otra parte al proceso concurrió el Delegado de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali "obrando en calidad de apoderado especial de la Administración de impuestos Nacionales de Cali " (ver fl. 73) y así se le reconoció su personería (fl. 79) de manera que no puede afirmarse que por haber comparecido la Nación debidamente representada se haya trabado legítimamente la litis." Por tanto, la Fiscalía solicita se confirme la sentencia apelada, aun cuando por motivo diferente, es decir no por ineptitud de la demanda, sino por ausencia de legitimación en la causa de la parte demandada. (fls. 117/120).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto al pronunciamiento inhibitorio del tribunal *a-quo*, en primer término, la Sala precisa que mientras la jurisprudencia ha destacado los poderes de interpretación del juez administrativo, el fallo apelado, con notorio literatismo sigue una formas sacramentales en desmedro de los derechos sustanciales en juego. En segundo lugar, observa que de acuerdo con la interpretación que por vía jurisprudencial se le dio el artículo 126 de la Ley 167 de 1941 mientras estuvo vigente, se mostraba cómo el proceso contencioso administrativo carecía del rigor, en cuento a la designación de las partes demandadas, que tenía y tiene el estatuto procesal civil. Obsérvese cómo en

esta norma no se notificaba sino el Agente del Ministerio Público, con quien se entendía debidamente trabada la relación jurídica procesal. Al funcionario que había expedido el acto, simplemente se le comunicaba.

Aunque esto último cambió posteriormente , ello obedeció a las variaciones legales producidas en relación con la representación de las entidades públicas; cambio que consistió en la obligatoriedad de la notificación del auto admisorio de la demanda al funcionario u organismo que expidió el acto, así éste no fuera el que por mandato legal o constitucional llevara la vocería, hacia el exterior, del ente público (art. 150 Decreto 01 de 1984). Por lo demás, los artículos 149 y 150 ibídem preceptúan que las entidades públicas son partes en todos los procesos contenciosos administrativos que se adelantan contra ellas o contra los actos que expidan, pudiendo obrar como demandantes, demandadas o intervinientes.

Ciertamente ésta no fue una reforma caprichosa. El funcionario que profirió la decisión debe estar dotado de competencia para defenderla, porque, dada la complejidad de la administración en sus distintos niveles y el sinnúmero de asuntos, no puede centralizarse este poder de decisión en el representante único del ente. De allí que esa competencia en esa forma distribuida produce actos de un mismo orden y como si hubieran sido expedidos por el mismo representante legal de la entidad.

Lo anterior significa que el proceso se siguió precisamente con las personas que debían intervenir. Por un lado, con la participación del Ministerio Público, quien representa los intereses de la Nación (art. 143 de la Carta) y por el otro con el delegado de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali conforme a lo preceptuado por el inc. 2 del artículo 1o. del Decreto 389 de 1978 en representación de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Aquí se produce un especie de repetición, en aras de la más adecuada defensa de los intereses de la entidad pública.

Por lo demás, resulta pertinente transcribir los siguientes apartes de la sentencia de marzo 25 de 1988, actor Gaseosas Hipinto, Exped. 1547, Consejero Ponente Jaime Abella Zárate en cuanto en ella se precisa:

> "Para que la relación procesal quede debidamente trabada, es necesario que no exista duda alguna en cuanto a la identidad de la entidad pública demandada y que su representante quede notificado.
>
> "Tratándose de actos administrativos del orden nacional, la demandada debe ser la Nación, que es la entidad jurídica con capacidad suficiente para responder por sus actos y está normalmente representada por el Ministro o los demás funcionarios que indica el segundo inciso del artículo 149. En materia de juicios de impuestos la competencia es del

Director General de Impuestos Nacionales, este funcionario actúa como representante de la Nación.

"No es, pues, de poca monta, el cumplimiento de este requisito de la demanda, que se hace en forma cabal, señalando a la Nación como entidad demandada y al Director de Impuestos como su representante .

"Pero este hecho es grave y genera nulidad, cuando de él puede establecerse que se violó el derecho de defensa, ya que la notificación personal al demandado, está instituida con base en el principio constitucional de no poder ser juzgado sino con la garantía del debido proceso (art. 26 C.N.)

"Derecho de defensa que también puede verse menguado cuando es indebida la representación de las partes, lo cual, igualmente genera nulidad, según el numeral 7o. del artículo 152 ibídem.

"Pero si la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente, se entiende saneada, máxime cuando el acto procesal cumplió su finalidad y no violó el Derecho de defensa, según las veces de los números 3 y 4 del artículo 156 del C.P.C." (extractos de jurisprudencia de marzo de 1988, página 150 C.)

En este orden de ideas y de acuerdo con la actuación procesal reseñada, considera la Sala que, si bien pudo presentarse imprecisión o deficiencia en el señalamiento de la parte demandada, tal imperfección ha debido ser advertida en la oportunidad procesal establecida en el artículo 143 del C.C.A. para efectos de la inadmisión o corrección de la demanda, por lo que resulta improcedente la declaratoria de inhibición por ineptitud de la misma en el momento de decidir la controversia máximo cuando la entidad demandada actuó dentro del proceso, ejerciendo la plenitud de sus derechos, hasta el punto de que en los alegatos planteados en esta instancia censura también el fallo inhibitorio del Tribunal, pide su revocación y solicita se denieguen, mediante fallo de fondo las súplicas de la demanda. (fls. 111 y siguientes). Por consiguiente, se revocará el fallo de instancia por este aspecto y procederá a estudiar las pretensiones para luego proferir sentencia de mérito.

En efecto, la actora sostiene que la Administración Tributaria ha violado el artículo 61 de la ley 52 de 1977 porque no ha debido resolver el recurso gubernativo propuesto por cuanto no se encontraba finalizada la acción jurisdiccional en el proceso 13840 en la cual es demandante Distribuidora Colombina Ltda. En primer término aclara la Sala que en manera alguna éste es el sentido de la norma citada como transgredida; simplemente ella expresa que todo recurso tributario que haya sido *resuelto en favor* de una sociedad distinta de la anónima o asimilada, da lugar a que se modifique la liquidación

practicada a los socios de acuerdo con su participación en la renta establecida para la sociedad. En el *sub-examine* el resultado del recurso incoado por Distribuidora Colombina Ltda. *fue adverso* al serle confirmada la liquidación de revisión impugnada por medio de la Resolución 764 de diciembre 18 de 1984 según lo indica la parte motiva de la Resolución RT-015 de esta misma fecha, por lo que resulta evidente que no se presenta transgresión del mencionado artículo 61 de la Ley 52 de 1977. Por lo demás , en la vía contenciosa no se solicitó expresamente la acumulación del proceso ni la suspensión del mismo por prejudicialidad, pues el demandante se limitó a pedir como prueba que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca certificara "sobre el actual avance de la acción de Restablecimiento del derecho incoada por DISTRIBUIDORA COLOMBINA LTDA. por sus impuestos de renta del año gravable 1980 (proceso 13840)" (fl. 51). a lo cual se accedió por auto de septiembre 11 de 1985, informando la Secretaría del Tribunal la admisión de la demanda con fecha Mayo 28 de 1985, estado del proceso: etapa de pruebas, Magistrada Ponente: Bertha Lucia González Zúñiga (fl. 58). Por tanto, no prospera el cargo.

Respecto al otro punto de debate considera la Sala que tampoco le asiste razón a la actora; es decir, en cuanto al 16% de descuento tributario por concepto del mayor valor de la participación fiscal en Distribuidora Colombina Ltda. porque este beneficio tributario concedido por disposición del artículo 23 del Decreto 2348 de 1974 y sujeto a los límites porcentuales para dividendos en los artículos 90 a 92 del Decreto 2053 de 1974, no fue solicitado en la declaración de renta y patrimonio de 1980 como se puede apreciar en la liquidación privada (fl. 12) que registra descuentos por dividendos (36% de $5.902.009, renglón 23) la suma de $2.124.723, por donaciones $1.932,885, por exportaciones $296.756 para un total de descuentos por $4.354.365, lo cual aparece aceptado en la liquidación de revisión 0697 de julio 22 de 1983 (fl. 20). De manera pues, que no habiendo sido solicitado el descuento por participaciones fiscales es evidente que al hacerlo con ocasión del recurso de reconsideración está la contribuyente modificando extemporáneamente la declaración de renta y patrimonio de 1980. No prospera el cargo.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de octubre 12 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso 13882 en la cual se inhibió por ineptitud de la demanda; en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

AMNISTIA TRIBUTARIA . IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. DECLARACION TRIBUTARIA- Presentación

No se puede considerar lógico, ni justo, que habiéndose cumplido ante la Administración de Impuestos Nacionales con la totalidad de las formalidades exigidas por la ley para presentar dentro del término legal la declaración del impuesto a las ventas, acogiéndose a la amnistía tributaria, la circunstancia de que la imposición del sello de presentación de la declaración se hubiera efectuado un día después, por las razones que se encuentran probadas en el expediente y que se desprenden del error de la contribuyente como de la falta de responsabilidad y diligencia de la Administración Tributaria, tenga la virtualidad de anular el derecho a beneficiarse de la mencionada amnistía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. 2755 Actor: Departamento del Quindio. Apelación sentencia del Tribunal Administrativo del Quindio proferida el 25 de octubre de 1989. Impuesto de ventas vigencia fiscal de 1984. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia contra la sentencia de 25 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho sobre los actos administrativos que le fijaron al contribuyente, el Departamento del Quindio, la sanción por extemporaneidad con relación a los impuestos sobre las ventas, por el año gravable de 1984.

ANTECEDENTES

El Departamento del Quindio no presentó su declaración de ventas por el año gravable de 1984; posteriormente, hizo uso de la amnistía por extemporaneidad presentándola y pagando el mayor valor resultante, previa disminución de los pagos efectuados según certificados bimestrales. A pesar de que la declaración de ventas fue presentada el día 16 de Febrero de 1987 (último contemplado en la amnistía para hacerlo sin incurrir en la sanción por extemporaneidad), por razones de organización interna y del reglamento establecido en las oficinas recaudadoras, no fue sellada el mismo día, sino el 17 de Febrero de 1987, es decir, al siguiente del vencimiento del plazo concedido para beneficiarse de la referida amnistía.

Si la Administración, al decir del actor, recibió la declaración fue porque consideró que no había lugar a la sanción por extemporaneidad; sin embargo, el Departamento del Quindío fue requerido respecto a la extemporaneidad en la presentación de la declaración de ventas, a lo cual dio respuesta manifestando que dicha declaración fue presentada oportunamente el día 16 de febrero de 1987.

La Administración no encontró satisfactorias las explicaciones ofrecidas por el Departamento y practico la respectiva liquidación de revisión, contra la cual se interpuso recurso, de reconsideración, el cual fue resuelto por la División de Recursos Tributarios, confirmando la mencionada liquidación al estimarse que la fecha de presentación que debía tomarse en cuenta era la del 17 de febrero de 1987, tal como aparecía en el sello de recepción, lo cual hacía la presentación extemporánea.

Acudió entonces el contribuyente ante el Tribunal competente, en demanda contenciosa, para solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia y contenidos en la liquidación de revisión No. 001 de 22 de febrero de 1988 y la resolución No. 001 de 2 de febrero de 1989, que le imponen al Departamento del Quindío sanción por extemporaneidad en relación con su declaración del impuesto sobre las ventas por el período gravable de 1984; y que en consecuencia se restablezca su derecho declarando que no está obligado a pagar la sanción impuesta.

Argumenta su demanda sobre la violación de los artículos 60 de la Ley 75 de 1986 y 62 del Código de Régimen Político y Municipal, por cuanto, se autorizó la presentación de las declaraciones tributarias o de las relaciones anuales de retención en la fuente, a mas tardar el 15 de Febrero de 1987, plazo que fue ampliado por el decreto 260 de 1987 hasta el día 16 de Febrero de 1987, aunque de todas maneras hubiera sido así. pues el día 15 era domingo. Sin embargo, la Administración tributaria desconoció que el Departamento del Quindío presentó su declaración de ventas el día 16 de febrero de 1987, por cuanto fue ese día en que "exhibió y puso de presente" la declaración y se pagaron los correspondientes impuestos, así el sello de recibido sólo se hubiera colocado el día siguiente.

Considera también que se violó el artículo 43 del decreto Legislativo 3803 de 1982 , ya que el Departamento del Quindío no liquidó la sanción por extemporaneidad porque consideró que la declaración de ventas la presento en su oportunidad, acogiéndose a la amnistía; y el ente público, la Nación Colombiana, quien también obró a través de sus servidores públicos, no exigió el pago de la sanción por extemporaneidad porque consideró que el Departamento presentó oportunamente su declaración de ventas"; por lo cual al imponerse la sanción se desconoció una situación consolidada para el Departamento del Quindío frente a la amnistía ofrecida.

El empleado de la Administración departamental incurrió en un error de hecho que consistió en "estimar que con las gestiones que había realizado se encontraban cumplidos los requisitos de la presentación de la declaración de ventas", error que los funcionarios de la Administración tributaria no le advirtieron, pudiendo hacerlo, realizando. en cambio, la liquidación de revisión y por lo anterior , incurrieron en desvío de poder, sancionable con la nulidad del acto, según lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, a su juicio, debe aplicarse el postulado del artículo 31 de la Ley 52 de 1977, " y presidir la decisión de un relevante espíritu de justicia para concluir que el Departamento del Quindio tiene derecho a la amnistía. Decidir lo contrario, como sucedió con las autoridades tributarias es ir en contra del artículo citado y por consiguiente, se ha violado".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Quindío profirió sentencia acogiendo todas las pretensiones de la demanda por considerar que la entidad demandante le dio cumplimiento a las leyes de amnistía tributaria, como persona jurídica, ya que presentó su declaración el día 16 de Febrero de 1987 ante los empleados de la Administración de Impuestos de Armenia, quienes le dieron el visto bueno, por lo cual se procedió al pago de los respectivos impuestos, circunstancia que se acreditó en las respectivas declaraciones. Afirma el

Tribunal que debe entenderse que la Administración de Impuestos " es una unidad integrada por todas y cada una de las oficinas y empleados que la conforman, sin que pueda afirmarse que solamente el citado formulario de la declaración fue presentado ante la "Administración de Impuestos " como lo exige el parágrafo del artículo 20 del Decreto 3541 de 1983, cuando lo selló y recibió el respectivo empleado en Febrero 17 de 1987".

EL RECURSO DE APELACION

La Nación colombiana (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) presentó recurso de apelación contra la anterior providencia por considerar que no es posible aceptar que el hecho de haber exhibido el día 16 de Febrero de 1987 ante los funcionarios de la Administración tributaria la declaración de ventas, dio por cumplida la obligación que apenas empezó a gestarse con el pago del impuesto en la fecha oportuna, pero que no se culminó dentro de la oportunidad brindada para la amnistía porque el sello y la radicación demuestran que fue el día 17 de Febrero que el Departamento del Quindio cumplió su obligación tributaria en mora. Además considera que los términos se consagran para hacer depender de ellos la ejecución o la extinción de un derecho y por ello no se puede desconocer la extemporaneidad en que incurrió el Departamento del Quindio.

EL CONCEPTO FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero del Consejo de Estado, rindió concepto solicitando que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, por considerar que la extemporaneidad en que incurrió el Departamento del Quindio" es indiscutible" puesto que en la declaración se dejó constancia de que la diligencia se había cumplido el día 17 de febrero de 1987. Además, el apoderado de la parte demandante afirma que la declaración fue presentada el 16 de febrero de 1987, pero que por cuestiones de organización interna, el sello solo fue colocado el día siguiente, lo cual deja de presente que la fecha de presentación que se colocó en el original y las copias, por parte del funcionario tributario, no es inexacta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que si bien es cierto que la fecha de radicación que aparece en la declaración de ventas presentada por el Departamento del Quindio por el año gravable de 1984 , visible en el cuaderno de antecedentes , es la del 17 de febrero de 1987, no es menos cierto que de los hechos expuestos y de la prueba de los mismos practicada dentro del proceso, se deduce que las diligencias de exhibición de la declaración ante los funcionarios de la administración para obtener su visto bueno y la autorización para efectuar el

pago y el pago mismo del correspondiente impuesto de ventas, fueron realizadas el día 16 de febrero.

No obstante, existe evidencia de que pese a haberse cumplido tan trascendentales actos el día señalado por la ley para considerar terminado el plazo para gozar de la amnistía concedida, entre ellos como se dijo, la obtención del visto bueno por parte de los funcionarios de "precrítica", la autorización para efectuar el pago y la realización efectiva de este, el sellamiento de la declaración con la fecha de presentación sólo se efectúo, por error de juicio atribuible al funcionario de la Gobernación que adelantaba la diligencia de presentación de la mentada declaración y por desidia burocrática de los empleados encargados de recepcionarla, al día siguiente, esto es el 17 de Febrero de 1987.

El Tribunal Administrativo del Quindio, en la sentencia recurrida tuvo en cuenta para proferir fallo favorable a los intereses de la demandante que, "debe entenderse que la Administración de Impuestos es una unidad integrada por todas y cada una de las oficinas y empleados que la conforman, sin que pueda afirmarse que solamente el citado formulario de la declaración fue presentado ante la "Administración de Impuestos " ... cuando lo selló y recibió el respectivo empleado en Febrero 17 de 1987" ; es decir, que la presentación de la declaración quedó prácticamente materializada con la diligencia de exhibición ante "el funcionario de precrítica" , la obtención de la autorización para el pago y el pago del mencionado impuesto, por lo cual la imposición del sello de recepción se constituía en el caso *sub-lite* en una simple formalidad que incluso, sin importar la fecha de su imposición , debió haber sido la del día en que las diligencias antedichas se cumplieron.

Aunque la Sala no comparte la afirmación de que el sello de recibo y, su fecha que se estampa en las declaraciones tributarias , puedan entenderse como un simple formalidad , como parece desprenderse de las motivaciones de la sentencia apelada, ya que por definición legal es precisamente el acto que determina y da certeza sobre la realidad y fecha de la actuación referida, encuentra que las especiales circunstancias de hecho que tuvieron ocurrencia durante el proceso de presentación de la declaración de ventas aquí aludida, cuya prueba, es a juicio de la Sala, plena y completa, ameritan especial consideración .

Debe recordarse que es principio fundamental del derecho procesal el de que los procedimientos , tanto jurisdiccionales como administrativos, están instituidos para regular el ejercicio y garantizar la efectividad del derecho sustancial, pero nunca para desconocerlo ni derogarlo. Por este motivo, no se puede considerar lógico, ni justo, que habiendo el Departamento del Quindio cumplido ante la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia, con la totalidad de las formalidades exigidas por la ley y los reglamentos para presentar dentro del término legal previsto , la declaración del Impuesto a las

ventas por el año gravable de 1984, acogiéndose a la amnistía otorgada por la Ley 75 de 1986, en su artículo 60, la circunstancia de que la imposición del sello de presentación de la declaración se hubiera efectuado un día después, por las razones que se encuentran probadas en el expediente y que se desprenden del error de la contribuyente como de la falta de responsabilidad y diligencia de la Administración Tributaria, tenga la virtualidad de anular el derecho a beneficiarse de la mencionada amnistía.

De esta manera, y como el acervo probatorio con el cual respalda la entidad actora los hechos en que funda sus pretensiones no deja dudas de que aquellos son reales y que no se trata de una maniobra tendiente a burlar la ley y como por lo demás , la entidad demandada no controvierte la veracidad ni la materialidad de tales hechos, sino que se limita a negarles todo valor, la Sala habrá de concluir que la actuación del Tribunal *a-quo* se ciñe no solo a las normas legales, sino a los elevados principios de la justicia, y en consecuencia, confirmará la sentencia.

Por último cabe destacar que la Administración no podía recibir estas declaraciones el día 17 de febrero sin dejar de considerarlas extemporáneas, lo que obligaba al contribuyente a incluir en el renglón correspondiente la respectiva sanción, cuyo depósito debía ser previamente efectuado. Empero si, como en el caso presente, atendidas las circunstancias ya descritas, la administración hizo la recepción colocando la fecha del citado día, sin exigir ni la liquidación ni el pago de la sanción por extemporaneidad, estima la Sala que carecía de facultades para posteriormente, revocar unilateralmente la decisión que había tomado de aceptar como oportuna y válida para la amnistía la declaración de ventas que le presentaba el contribuyente. Se trata entonces de una indebida utilización de los poderes de revisión por parte de los funcionarios gubernamentales que resulta por ello, contraria a derecho.

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:

Confírmase la sentencia de 25 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio.

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

Se deja constancia de que esta providencia se discutió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LEGITIMACION EN LA CAUSA

La legitimación en la causa no es un presupuesto de la acción, ni tampoco un presupuesto del proceso, sino un presupuesto de la sentencia.

Para la Sala es claro que el auto apelado debe ser revocado por cuanto incurre en una errónea apreciación acerca del interés para el adelantamiento de la acción por parte de la actora y porque además dicho juicio de valor es inoportuno en cuanto que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la legitimación en la causa no es un presupuesto de la acción, ni tampoco un presupuesto del proceso, sino un presupuesto de la sentencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. 2955. Actor : Fabrica de Aceites y Grasas Vegetales "Acegrave Ltda". Apelación auto de 5 de marzo de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en juicio de revisión y restablecimiento del derecho contra la operación administrativa por la cual se establece el reintegro por devolución de impuestos a las ventas por los bimestres IV, V, y VI de 1986; I, al VI de 1987 y II de 1988 Auto.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por fabrica de aceites y grasas vegetales "ACEGRAVE LTDA " contra el auto de 5 de marzo de

1990 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual no se admite la demanda instaurada por la citada sociedad.

ANTECEDENTES

En enero 12 de 1990 la sociedad Acegrave Ltda. presentó demanda en acción de restablecimiento del derecho en materia de impuestos a las ventas correspondiente a lo bimestres IV, V y VI de 1986; I al VI de 1987 y I y II de 1988.

Solicitó la actora "se revise la operación administrativa por medio de la cual se establece el reintegro de la suma de $ 7'125.592.oo por Devolución del Impuesto a las Ventas efectuado por la División de Devoluciones mediante la Resolución No. 000166 de septiembre 6 de 1988 por los bimestres IV, V y VI de 1986; I al VI de 1987 y I y II de 1988, a mi representada e integrada por las Resoluciones No. 00004 de noviembre 18 de 1988 emanada de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla y la No. 000120 de septiembre 6 de 1989 de la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, y que mediante tal revisión se declare la nulidad de las citadas resoluciones por ser violatorias a las disposiciones legales en materia de procedimiento.

El Tribunal en el auto que se apela resolvió que: "No se admite la demanda por carecer la sociedad FABRICA DE ACEITES Y GRASAS VEGETALES ACEGRAVE LIMITADA su legitimidad en la causa por activa para ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho." Fundamentó el Tribunal su decisión en consideraciones como las que se deducen del parágrafo que a continuación se transcribe, del proveído en mención:

> "Es fácil observar que los actos administrativos antecitados afectan los intereses de la COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZA S.A., por ser ésta la que debe cancelar la garantía que prestó a nombre de la actora sociedad FABRICA DE ACEITES Y GRASAS VEGETALES ACEGRAVE LIMITADA y a favor de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, es aquélla y no ésta la legitimada en la causa por activa para incoar la acción jurisdiccional correspondiente".

EL RECURSO DE APELACION

La sociedad actora alega en el recurso de apelación que no es cierto que carezca de legitimación en la causa como lo afirma equivocadamente el Tribunal puesto que son sus intereses y no los de la Compañía Aseguradora los que resultan en definitiva afectados por la decisión de la Administración Tributaria y estima que es la firma demandante quien está llamada a velar por

sus intereses argumentando que la Administración obró, aplicando un procedimiento equivocado tal como se dejó expuesto en la demanda.

Refiere el apelante que la actora solicitó la devolución del impuesto a las ventas a que tenía derecho y presentó garantía para reintegrar los valores que resultaran controvertidos por la Administración. Esta última, sin mediar discusión sobre el particular ordenó a la Compañía de Seguros efectuar el reintegro correspondiente lo cual implica que la Administración consideró equivocadamente desde luego, que Acegrave Ltda, carecía de derecho para obtener la devolución solicitada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala es claro que el auto apelado debe ser revocado por cuanto incurre en una errónea apreciación acerca del interés para el adelantamiento de la acción por parte de la actora y porque además dicho juicio de valor es inoportuno en cuanto que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la legitimación en la causa no es un presupuesto de la acción, ni tampoco un presupuesto del proceso, sino un presupuesto de la sentencia.

Así en auto de diciembre 15 de 1986 dijo la Corporación:

"Solo el que actúa a nombre de otra persona o como cesionario a título universal o singular, vale decir, como heredero, cónyuge, hijo, hermano, administrador de bienes, cesionario, sub-contratista, subrogatorio, etc., tendrá que adjuntar a la demanda, como anexo de la misma, el documento idóneo que acredite dicha situación. Pero si actúa a nombre propio, la demostración de ese interés no es un presupuesto del proceso, sino material de la sentencia favorable y, como tal, su prueba deberá darse dentro de las oportunidades probatorias propias del proceso. Bastará, entonces, en la demanda hacer la afirmación de ese interés.

"La exigencia legal tampoco se suple con la petición de pruebas que se hace en la demanda. Unos son los anexos exigidos por la ley y que deben ajustarse con libelo para darle seguridad y certeza a éste y que tienen que ver con los presupuestos de la acción y de la demanda; y otras, las pruebas para acreditar los fundamentos de hecho y los presupuestos materiales de la sentencia."(Auto de diciembre 15 de 1986. Sección Tercera. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. No. 4950).

Y en auto de mayo 26 de 1982 estableció las diferencias entre legitimación en la causa y legitimación en el proceso, señalando:

"Una es la *legitimatio ad causam* y otra la legitimatio *ad processum.* La primera es un presupuesto material de la sentencia favorable vinculado a la personería sustantiva y la segunda es un presupuesto procesal referido única y exclusivamente a la capacidad para comparecer al proceso.

"Como se observa esa capacidad para comparecer al proceso no puede confundirse ni con la capacidad para ser parte ni con la legitimación en la causa.

"Como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, la causal de nulidad conocida como falta o ilegitimidad de personería reza con la personería adjetiva o indebida representación en el juicio de las partes, más no con la sustantiva o de fondo.

"Así como son figuras diferentes, poseen también diverso trato. La *legitimatio ad procesum* se estudia por el juez al admitir la demanda y la legitimación en la causa, como fenómeno de fondo que es, se evalúa en la sentencia." (Auto de marzo 26 de 1982. Sección Tercera. Consejero Sustanciador: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. No. 3454).

Ahora bien la Sala estima que habiéndose demandado por la actora la "operación administrativa" relacionada con los impuestos a las ventas de la referida sociedad por los bimestres señalados de los años 1986-1987-1988, resultaba evidente la manifestación acerca del interés para accionar, independientemente de las demás consideraciones relativas a la demostración de la titularidad del derecho, las que deberán ser objeto de las probanzas y de apreciación en la sentencia.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta:

RESUELVE:

1o. REVOCASE el auto apelado.

2o. Admítese la demanda.

3o. DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen para que disponga sobre las demás cuestiones inherentes a la admisión de demanda, a que se refiere el artículo 207 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LEGITIMACION EN LA CAUSA (Salvamento de voto)

Estoy de acuerdo con la ponencia en cuanto afirma que la identidad entre el titular del derecho que se discute y quien demanda no es un presupuesto procesal; pero discrepó de ella en cuanto afirma que tal coincidencia no es un presupuesto de la acción, porque precisamente la identidad entre la persona que demanda y la titularidad del derecho que se controvierte es un presupuesto de la acción.

SALVAMENTO DE VOTO DE CARMELO MARTINEZ CONN - CONSEJERO DE ESTADO

Bogotá, D.E., veintiuno (21) de Agosto de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente Nº.2955

Mi discrepancia con la sentencia de la cual me separo, con el mayor respeto por la opinión contraria, es puramente conceptual, en cuanto que con cita de algún tratadista de Derecho Procesal se induce en error a la ponencia aprobada por la mayoría de la Sala. En efecto, se dice en la ponencia bajo el rubro " Consideraciones de la Sala", lo que sigue:

"Para la Sala es claro que el auto apelado debe ser revocado por cuanto incurre en una errónea apreciación acerca del interés para el adelantamiento de la acción por parte de la actora y porque además dicho juicio de valor es inoportuno en cuanto que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la legitimación en la causa no es un presupuesto de la acción, ni tampoco un presupuesto del proceso, sino un presupuesto de la sentencia".-

Estoy de acuerdo con la ponencia en cuanto que afirma que la identidad entre el titular del derecho que se discute y quien demanda no es un presupuesto procesal; pero discrepo de ella en cuanto afirma que tal coincidencia no es un presupuesto de la acción, porque precisamente la identidad entre la persona que demanda y la titularidad del derecho que se controvierte es un presupuesto de la acción.- En efecto, HERNANDO MORALES en el "Curso de Derecho Procesal Civil, citado a la Corte dice:

"Lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar el fondo del litigio, sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor... La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material a fin de determinar definitivamente el litigio en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio, para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada".

Tampoco puede ser un "Presupuesto de la Sentencia", como se afirma en la providencia de la cual discrepo.-

Trasladando estos conceptos al caso objeto de apelación estimo que asiste razón al Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico en cuanto que es la Compañía Aseguradora de Fianza S.A., la que está legitimada en la causa para instaurar la acción y no la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales "ACEGRAVE LTDA", porque se trata de hacer efectiva a la Aseguradora la garantía extendida por ella a favor de la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales "ACEGRAVE LTDA" existiendo por tanto interés económico de parte de la Aseguradora a quien se le hace efectiva la garantía.-

Así las cosas, hay que concluir que la *legitimatio ad causam* es de la Compañía Aseguradora y no de la demandante.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. VENTA EXENTA. BIEN PRIMARIO - Avena. **IMPUESTO DESCONTABLE**

No puede inferirse válidamente que basta que un bien natural sea alimento para que se considere "exento del impuesto". No es lógico sostener que un bien que no se encuentre sujeto al gravamen, por estar excluido sea exento del impuesto si, en principio no se ha gravado. Y si el producto alimenticio está excluido del impuesto, no da derecho al descuento pagado por los insumos. De la circunstancia de que la avena en su estado natural no sea apta para el consumo humano, no puede deducirse que requiere un proceso industrial de transformación para darle tal calidad. En consecuencia, asiste razón a la administración cuando considera que la avena en hojuelas clasificada en la posición 11.02 del Capítulo 11 artículo 2o. del Decreto 2810 de 1974, corresponde a bien excluido del impuesto (IV Bimestre de 1979).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., diecisiete (17) Agosto de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente Nº. 1959. Apelación sentencia julio 15 de 1987 del Tribunal del Valle, en juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos a las ventas por el VI bimestre de 1979. Actor: Productos Quaker S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad "PRODUCTOS QUAKER S.A.", contra la sentencia del 15 de julio de 1987 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, negó las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad contra la operación administrativa que le determinó el impuesto sobre las ventas a cargo, por el período correspondiente al VI Bimestre de 1979.

ANTECEDENTES

La Sociedad PRODUCTOS QUAKER S.A., presentó declaración del impuesto sobre las ventas por el VI Bimestre de 1979 con saldo a favor de $3.398.386 en razón a la solicitud de impuestos descontables por $3.400.084 por la compra de insumos y empaques destinados a la venta de sus productos que consideró exentos del impuesto (folio 89 Cuaderno de Antecedentes Administrativos).

La Administración de Impuestos Nacionales, por el contrario, estimó que de acuerdo con lo establecido por el artículo 11 del Decreto Reglamentario 1494, no había lugar a la aplicación de descuentos sobre la venta nacional por $45.452.043, de avena (tamaño mediano, grande en caja plegadiza, con canela y avena Don Pancho) y de maíz trillado por $ 39.275, debido a que tales productos estaban clasificados por el Decreto 2810 de 1974 artículo 2o. en la posición 11.02 con el gravamen "no causan", y que igualmente el hecho de exportar bienes "no causa" no los convierte en procesados para darles la clasificación de exentos.

Por esta razón previo requerimiento, practicó liquidación de revisión en donde prorrateó nuevamente los impuestos descontables imputables a la venta de bienes exentos, reconociendo como saldo a favor el valor de $2.401.052.

Inconforme la sociedad recurrió por la vía gubernativa y propuso la nulidad del acto administrativo de liquidación, y cuestionó la reclasificación de las ventas declaradas, al estimar que la avena es un alimento procesado industrialmente que requiere de una tecnología especializada y que por lo tanto no puede clasificarse en la posición 11.02, que además, el artículo 8o. del Decreto 1988 de 1974 estableció la exención para todos los artículos alimenticios y que así lo entendió esta Corporación en la sentencia del 13 de marzo de 1978.

Que parte de las ventas realizadas por valor de $11.123.364, corresponden a exportaciones, que de acuerdo con el artículo 8o. numeral 4o. del Decreto 1988 de 1974, están exentas del impuesto.

Con oportunidad de la consulta a la que fue sometida la Resolución que falló adversamente el recurso de reconsideración, la actora presentó escrito limitando su alegato a plantear la nulidad del acto administrativo de liquidación.

Como el resultado obtenido en la vía gubernativa fue adverso a sus pretensiones, la contribuyente acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, alegando violación de los artículos 8o. del Decreto Ley 1988 de 1974, 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario 2810 de 1974, 3o. del Decreto 2818 de 1978 y 1o. Decreto 2562 de 1978.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes planteamientos:

a) Si el actor fundó su pretensión en el derecho de reconocimiento del carácter de exento de la Avena Quaker, por ser bien procesado no gravado específicamente, ha debido probar la calidad de bien mueble procesado de la misma, porque no es suficiente para considerarlo exento el que sea un alimento.

b) La actora tampoco probó que quienes notificaron la liquidación y el requerimiento no fueran funcionarios competentes, pero que asumiendo, que la competencia sólo la tenía el Jefe de Liquidación, tal situación no genera la nulidad del acto administrativo, en razón de que el contribuyente dio respuesta al requerimiento e interpuso en tiempo los recursos legales, es decir que se notificó por conducta concluyente y que además el artículo 52 de la Ley 52 de 1977, invocado en la demanda, solo se refiere a la nulidad del acto cuando es expedido por funcionario incompetente, pero no para el caso de que su notificación se efectúe por funcionario incompetente que es el hecho que distingue y alega el demandante.

LA APELACION:

La apoderada judicial de la actora, funda la apelación en el hecho de ser la Avena Quaker un bien mueble procesado y considera equivocado el criterio del a-quo según el cual el proceso a que es sometida la avena, descrito en la demanda, es solo para la conservación y aprovechamiento del producto natural. Pide inspección ocular para establecer que la Avena Quaker (hojuelas), cumple las especificaciones de la posición arancelaria 11.01 con tarifa exenta, que la Avena Quaker es un bien mueble procesado y no en estado natural y que Productos Quaker S.A., es sujeto pasivo del gravamen ya que agrega más de un proceso industrial al insumo para obtener un producto alimenticio.

En memorial de julio 19 de 1988 aporta al proceso, y solicita se tenga como prueba, la pericial practicada en el proceso 1939, y la realización de una audiencia pública.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Ministerio Público representado por el Doctor Jaime Ossa Arbeláez, conceptúa que debe revocarse la sentencia apelada y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda, porque no comparte las afirmaciones que hace el Tribunal en el sentido de que solamente están exentos del impuesto los alimentos procesados, ya que el artículo 8o. del Decreto 1988 de 1974, se refiere a toda clase de alimentos, sin hacer distinción entre procesados o no procesados, y que de la misma norma se desprende que los únicos artículos alimenticios excluidos del régimen de exenciones son aquellos que están gravados específicamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El objetivo de la apelación radica únicamente en el interés de la contribuyente de que su producto AVENA QUAKER (hojuelas) se clasifique como producto alimenticio exento del impuesto sobre las ventas y, que en consecuencia el impuesto pagado por los insumos tenga el carácter de descontable.

Dos son entonces los hechos a analizar:

1.- Si la avena (hojuelas), por ser producto alimenticio, está exento del impuesto sobre las ventas.

2.- Si es un alimento procesado, que por no estar gravado específicamente está igualmente, exento del impuesto.

1- *Exención del Impuesto para los artículos alimenticios.*

Con relación a la exención del impuesto sobre las ventas a los artículos alimenticios, esta Corporación en fallo de junio 18 de 1984, interpretando los artículos 2o. y 8o. del Decreto 1988 de 1974, clasificó, para fines del impuesto sobra las ventas, los artículos alimenticios en cuatro grupos a saber:

a) Bienes naturales, que no causan el impuesto.

b) Bienes naturales con un proceso elemental de conservación o aprovechamiento, que no causan el impuesto.

c) Bienes procesados, exentos del impuesto.

d) Bienes procesados que por norma especial son objeto del gravamen.

Señaló así mismo el citado fallo, que es vital dentro del entendimiento del asunto el artículo 2o. del Decreto 1988 de 1974, el cual precisa inequívocamente los bienes que causan el gravamen y que al agregar la misma disposición que " no se consideran bienes procesados los primarios en estado natural, aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o aprovechamiento", a contrario sensu, está afirmando que tales bienes no causan el gravamen.

Por ello, no puede inferirse validamente que basta que un bien natural sea alimento para que se considere "exento del impuesto".

Esta interpretación fue acogida por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 11 de mayo de 1989, al conocer de la demanda de inexequibilidad contra algunas de las posiciones contenidas en el artículo 59 del Decreto Extraordinario 3541 de 1983, dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 53 de la ley 09 de 1983. Fallo en el que además precisa:

> "La razón natural de las cosas enseña que cuando se hace una excepción es porque lo exceptuado está comprendido en la regla; aplicando este axioma al caso presente, no sería lógico sostener que un bien que no se halla sujeto al gravamen al valor agregado (I.V.A.) antes llamado impuesto a las ventas, está exento de él si en principio no se le ha gravado. Por consiguiente los artículos alimenticios que señala el artículo 8º como "exentos" no pueden ser otros que los procesados no gravados específicamente".

No es lógico sostener, entonces, que un bien que no se encuentre sujeto al gravamen, por estar excluido sea exento del impuesto si, en principio, no se ha gravado. Y si el producto alimenticio está excluido del impuesto, no da derecho al descuento pagado por los insumos conforme con lo señalado por los articulo 21 del Decreto 1988 de 1974 y 10 del Decreto 1494 de 1978.

2.- *¿Es la Avena Quaker, un alimento procesado que por no estar gravado específicamente se encuentra exento del impuesto de acuerdo a su posición arancelaria?.*

Visto entonces, que no es suficiente establecer que un bien tenga el carácter de alimento para considerarlo exento del impuesto, se hace necesario determinar para efectos del beneficio tributario, si efectivamente el tratamiento a que se somete la avena (hojuelas), la convierte en un producto diferente al utilizado como materia prima en su elaboración o si por el contrario, tal proceso solo tiende a su conservación o aprovechamiento.

Obran en el expediente la inspección judicial y peritaje practicados en el proceso 1939 (Ventas II Bimestre de 1981) a solicitud de la actora, mediante las cuales se pretende probar la condición de alimento procesado de la avena Quaker (hojuelas), con naturaleza distinta al producto natural usado como insumo.

En la diligencia de inspección judicial, se oyó la exposición técnica de los Señores Hermes Rodríguez y Javier Henao en el que describen el tratamiento a que es sometida la avena así:

"PROCESO"

"La primera etapa del proceso consiste en la limpieza por medio de zarandas y aspiración. Todas las impurezas gruesas lo mismo que el polvo son removidos en esta etapa.

"Se procede luego a cortar la avena a un tamaño apropiado y uniforme. Por medio de aspiración se remueve cualquier exceso de cáscara y polvo que se desprende en esta operación.

"El producto luego se somete a tratamiento térmico por vía húmeda (precocimiento) por tiempo adecuado (flujo continuo).

"Inmediatamente pasa a los rodillos para machacado en donde se controlan las especificaciones especiales para avena en hojuelas.

"Luego las hojuelas de avena pasan por enfriadores, llega a los carros recolectores, de donde se toman muestras para análisis de laboratorio.

"Finalmente el producto pasa a las envasadoras automáticas y de éstas, sin contacto humano a los tarros de fibra con fondo metálico y cubrimiento interior de papel kraft y polietileno (400 a 800 gramos) y/ o las bolsas de polietileno (400 gramos) y/o a los sobres de aluminio laminado (50 gramos).

"En no más de 20 segundos, los tarros contentivos del producto pasan por la tapadora, la cual hace el sellado de los tarros, lo mismo que la marca del código de producción. Las envasadoras de bolsas de polietileno y sobres de aluminio forman los sobres, dosifican el producto, hacen el sellado final y marcan exteriormente el código de producción". (folio 140).

Igualmente el dictamen pericial rendido por los doctores: Virginia Montes y Jairo Trujillo Cortés, se refiere al mismo sistema, señalando paso a paso las variaciones físicas que sufre el cereal a través del tratamiento a que es sometido para mondar el grano, remover su cutícula o porción fibrosa,

neutralizar las enzimas que causan su deterioro con lo cual se destruye la estructura natural del grano que lo hace inapto para continuar su ciclo biológico.

La descripción del tratamiento señalado, permite concluir a la Sala, que se refiere a un proceso que tiende solamente a la conservación de la avena natural.

De la circunstancia de que la avena en su estado natural no sea apta para el consumo humano, no puede deducirse que requiere de un proceso industrial de transformación para darle tal calidad, pues, en general todos los cereales y otros alimentos vegetales, necesitan para el aprovechamiento humano del tratamiento de selección, limpieza, pelado, trituramiento, cocción o fritura, así como de la adición de ingredientes: sal, azúcar, o condimentos que alteran su sabor. Proceso que obviamente modifica su aspecto físico, y estructura celular, inhibiéndolo para seguir su proceso biológico natural, pero que no produce cambios significativos en su naturaleza química. Tampoco del hecho de que el tratamiento en grandes volúmenes del cereal, implique la utilización de maquinaria sofisticada que elimina el trabajo manual, permite concluir que convierte el producto natural en procesado.

En consecuencia asiste razón a la Administración cuando considera que la avena en hojuelas clasificada en la posición 11.02 del Capítulo 11 artículo 2o. del Decreto 2810 de 1974, corresponde a bien excluído del impuesto.

Dicha clasificación fue adoptada por el artículo 59 del Decreto 3541 de 1983, expedido por el Gobierno Nacional en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 53 de la Ley 09 de 1983, la cual fue acusada de inconstitucionalidad ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, quien mediante sentencia del 25 de Noviembre de 1984, la declaró exequible.

Dijo la Corte:

"A la norma demandada se le acusa de haber colocado en situación de bienes cuya "venta o importación no causa el impuesto a las ventas", a los grañones y las sémolas, los granos mondados, perlados, partidos aplastados o en copos, excepto el arroz de la posición 10-06 a los gérmenes de cereales, enteros, aplastados, en copos o molidos. Y se le acusa porque en esta oportunidad, y para el caso en cuestión, el legislador extraordinario no se atuvo a los precisos términos de las facultades otorgadas en la Ley 9a. de 1983, cuyo artículo 53, literal b), Inciso 2º., determina que "En desarrollo de las facultades previstas en este artículo, el Gobierno no podrá gravar con el impuesto los bienes exentos". El actor se apoya en que el Decreto Legislativo No. 1988 de 1974 había ordenado: "Están exentas del impuesto, las ventas de: artículos alimenticios no gravados específicamente". Claro que la norma acusada no establece directamente el gravamen sobre los productos alimenticios

de que trata el numeral 11.02, sino, en opinión del actor, que varía su clasificación trasladándola de "bienes exentos" a "bienes excluidos" que "no causan" el impuesto a las ventas, y ello significa que, como lo explica el Procurador, "los productos de tales bienes no tienen derecho a descontar los impuestos liquidados en la adquisición de los alimentos constitutivos de costos y gastos de producción y por ende se les niega la devolución de saldos a su favor por tales conceptos", como lo dispone el artículo 25 del mismo Decreto 1988, razón por la cual en la práctica resultan gravados.

"No obstante, el Ministerio Público informa sobre existencia de norma precedente, la del artículo 2o., del Capítulo 11, posición 11.02, del Decreto 2810 de 1974, reglamentario de los Decretos Legislativos 1988 y 2368 de 1974, que dispuso como productos que no causan el impuesto a las ventas, los "grañones, sémolas, granos mondados, pelados, partidos, aplastados (incluso los copos), excepto el arroz descascarillado, abrillantado, pulido o partido, gérmenes de cereales, incluso sus harinas"; es decir los mismos que figuran en la norma demandada. Pues esto significa que tales productos alimenticios no estaban exentos del impuesto, sino ya catalogados entre los que "no causan", lo cual hace ver diferente la situación constitucional que incumbe esclarecer a la Corte, porque la prohibición de la Ley 9a. en su parte citada era para gravar con el impuesto los bienes exentos, pero no lo que "no causan". Así las cosas, no se ve en parte alguna la señalada lesión de los artículos 118-8 y 76-12 de la Carta".

Declarada exequible la posición 11.02 de artículo 59 del Decreto 3541 de 1983, que señala los bienes que "no causan el impuesto", posición arancelaria idéntica a la del artículo 2o. Capítulo 11 posición 11.02 del Decreto 2810 de 1974, que corresponde a "Grañones y sémolas, granos mondados, pelados o partidos, aplastados o en copos, excepto el arroz de la posición 10.06, gérmenes de cereales, enteros, aplastados, en copos o molidos", en la cual se ubica la avena en hojuelas y cuya legalidad quedó así definida, no existe mérito para revocar 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:

Confírmese la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sección de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En similar sentido pueden consultarse los siguientes fallos, todos de la fecha (agosto 17 de 1990) y Sección Cuarta, siendo actor la misma Sociedad Productos Quaker S.A.: Rad. 2378, Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos, (Período correspondiente al VI Bimestre de 1980); Rad.2363,Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos, (período correspondiente alII Bimestre de 1979); Rad. 2290, Ponente Doctor Guillermo Chahín Lizcano, (período correspondiente al IV Bimestre de 1980); Rad. 2207, Ponente Doctor Jaime Abella Zárate (Período correspondiente al I Bimestre de 1980). Rad. 1862 Ponennte Doctor Jaime Abella Zárate (Período correspondiente al IV Bimestre de 1979).También el fallo de septiembre 21 de 1990. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn, expedientes números 1939, 2249, 2250, 2261, 2294, 2444 y 2579.

DEMANDA. CADUCIDAD

El término de cinco días para corregir la demanda es igual al que antes existía (art. 143 C.C.A. previa la modificación hecha por el artículo 26 del Decreto 2304/89) pero con la diferencia de que ahora puede cumplirse aún después de vencido el de caducidad con la condición de que se trate de requisitos simplemente formales. Las consecuencias del incumplimiento del señor apoderado, de no haber contestado en el termino de cinco días se aminoran o anulan frente al hecho de que tampoco el Tribunal adoptó ninguna decisión y cuando se fue a resolver sobre la situación planteada, ya existían en el expediente los nuevos documentos con los cuales se subsanaban los requisitos formales que inicialmente se habían advertido por el ponente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de Agosto de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2974. Actor : Multifamiliares Ltda. Apelación Interlocutorios. AUTO.

El apoderado de MULTIFAMILIARES LIMITADA interpone recurso de apelación contra el auto del 23 de febrero de 1990 por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda de nulidad y

restablecimiento del derecho contra actos liquidatorios del impuesto sobre la Renta por el año gravable de 1980.

El motivo de la inadmisión se reduce a que habiendo solicitado por auto (de diciembre 1o./89) autenticación de los documentos presentados a folios 28, 29 y 30 o sea la liquidación del impuesto y el memorando explicativo y habiéndose notificado tal auto por estado del 22 de enero de 1990, el apoderado solamente contestó y remitió lo solicitado una vez vencido el plazo de cinco (5) días concedidos.

En efecto el término concedido venció el día 29 de enero y fue atendido el 8 de febrero, no habiéndose producido ninguna actuación hasta el día 23 cuando se dictó el inadmisorio.

SE CONSIDERA :

La modificación que se hizo en el artículo 143 del C.C.A. por el art. 26 del Decreto 2304 de 1989 (oct.7) en el sentido de que las demandas presentadas dentro del término de caducidad pero con defectos "simplemente formales", puede el ponente exponerlos para que el demandante los corrija en el plazo de cinco días, tuvo por finalidad corregir la situación anterior derivada de la defectuosa redacción del art. 143 que impedía esta clase de correcciones sobre aspectos simplemente formales que podían originar la inadmisión de la demanda, con evidente injusticia. Es preciso convenir en que la modificación al artículo 143 tuvo un propósito favorable al ejercicio del derecho de acción.

El término de cinco días es igual al que antes existía pero con la diferencia de que ahora puede cumplirse aún después de vencido el de caducidad con la condición de que se trate de requisitos "simplemente formales", como evidentemente eran los de que tratan estas diligencias.

La Sala considera que las consecuencias del incumplimiento del señor apoderado, de no haber contestado en el término de cinco días se aminoran o anulan frente al hecho de que tampoco el Tribunal adoptó ninguna decisión y cuando se fue a resolver sobre la situación planteada, ya existían en el expediente los nuevos documentos con los cuales se subsanaban los requisitos formales que inicialmente se habían advertido por el ponente.

Considera también la Sala que no era absolutamente clara la falta de requisitos sobre los documentos que obran a folios 28, 29 y 30 que se refieran solamente a su "autenticidad" pues ellos ostentaban un sello de caucho original con la siguiente expresión:

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Administración de Impuestos Nacionales.

DIVISION DE LIQUIDACION UNIDAD NOTIFICACION

Aunque este sello carece de firma de funcionario alguno queda la duda de si esa era la forma usual de la Administración con base en la autorización para usar en las liquidaciones de impuesto firma del funcionario o un sello (art. 49 Ley 52/77), circunstancia que por lo menos le daba un principio de credibilidad y que sólo debía aclararse.

Y, finalmente estima que tratándose de requisito simplemente formal resulta exagerada sanción el inadmitir la demanda habiéndose subsanado el defecto inicial, aunque extemporáneamente, pero sin perjuicio de la marcha laboral del tribunal.

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

RESUELVE:

1o. Revócase el auto apelado.

2o. Si reúne los demás requisitos legales admítase la demanda y désele por el Tribunal la ritualidad prescrita en el art. 207 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, Aclara Voto*; Jaime Abella Zárate; Carmelo Martínez Conn,* Aclara Voto*; Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: La Aclaración de voto de los Doctores Carmelo Martínez Conn y Guillermo Chahín Lizcano, se reduce a lo siguiente: Mi discrepancia con la mayoría de la Sala, radica en que en la parte resolutiva, luego de haberse revocado el auto inadmisorio apelado, no se dispuso la admisión de la demanda, como es lógico por razón del factor funcional de la competencia que adquiere el juez que conoce de la apelación, sino que se remite al Tribunal a quo para su admisión (Doctor Martínez Conn).

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. DEVOLUCION - Procedencia. **SANCION POR LIBROS. IMPUESTO DESCONTABLE**

El solo atraso en la anotación en los libros de contabilidad en manera alguna puede implicar la pérdida del derecho a la devolución de los sobrantes de impuestos puesto que la ley simplemente determina qué ocasiona una sanción pecuniaria que se debe imponer conforme a las previsiones del artículo 56 del Decreto-ley 3803/82 en concordancia con el artículo 83 de la Ley 9/83. La Administración ha debido dar aplicación a dichas normas y no sancionando tal hecho con la pérdida del derecho a la devolución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. 2449 Actor : Editorial Presencia Ltda.C/ La Nación.Apelación sentencia de 11 de noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Juicio de restablecimiento del derecho contra los actos Administrativos que fijaron el impuesto a las ventas por el 4o., 5o. y 6o. bimestre de 1984. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de EDITORIAL PRESENCIA LTDA. Nit. 60.033.977, contra la sentencia de noviembre 11 de 1988 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda tendientes a obtener la devolución de sobrantes de impoventas correspondientes a los bimestres 4o., 5o. y 6o. de 1984.

ANTECEDENTES

Según lo registran las declaraciones bimestrales 005321/563, 00393/313 y 000045/463 Din: BOGOTA presentadas el 31 de octubre de 1984, noviembre 30 de 1984 y febrero 28 de 1985 (fls. 14, 17 y 23 en su orden), la contribuyente solicitó la devolución de las partidas de $864.509, $1.772.410 y $800.778 cuyo monto asciende a la cantidad de $3.437.697.

La Sección de Auditoria Interna de Impoventas de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, luego de verificar mediante visita efectuada el 18 de abril de 1985 el atraso de la contabilidad por más de seis meses, puntualizó que "existen comprobantes internos, externos, facturas, comprobantes de Diario y demás documentos que soportan los descuentos solicitados por los bimestres enumerados en el punto 2, los que se revisaron y analizaron de acuerdo a la relación de Impuestos Descontables por bienes y servicios adquiridos por la sociedad, pero que no se registraron en Libros Mayores por atraso en la contabilidad"; precisó además que "la sociedad no dio cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984, al no ajustar la Cuenta Corriente "Impuesto a las Ventas por Pagar", a cero (0), ya que a la fecha de la Inspección ocular ésta no se abrió en los Libros principales pues menos se contabilizó." (fls. 35 y 36)

Con base en la mencionada acta la Auditoría mediante Resolución 000452 de mayo 7 de 1985 negó la solicitud de devolución al considerar que en el momento de la inspección ocular, por el atraso de la contabilidad, la sociedad no había efectuado en sus libros principales los ajustes de la Cuenta IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR a cero (art. 9o. literal e) del Decreto 1813 de 1984) haciéndose por esta razón merecedora de la sanción pecuniaria de que trata el inc. 3, artículo 56 del Decreto 3803 de 1982. En cuanto a la oportuna contabilización cita los artículos 30 y 41 del Decreto 3541 de 1983 en concordancia con el artículo 6o. del Decreto 570 de 1984; y también, el parágrafo 2o. del artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984.

En la reposición la peticionaria precisa que "como único motivo aducido en la resolución número 000452 acusada, para negar la devolución discutida, fue el de que a tiempo de la solicitud de devolución, no se encontraba ajustada a cero en los libros principales, la cuenta corriente "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR", lo cual ha quedado subsanado dentro del término para interponer el presente recurso de reposición sin que exista disposición

alguna que lo prohiba..."; en la actualidad dicha cuenta se encuentra debidamente contabilizada y ajustada a cero en los libros principales, tal como lo ordena el artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984, en su parágrafo 2o. y acredita con certificación del contador Gustavo Hernández Arévalo, matrícula 4204-A de la Junta Central de Contadores. En síntesis, pidió la revocación del proveído anterior y la devolución de la suma de $3.437.696 por haber cumplido Editorial Presencia Ltda. con la totalidad de los requisitos exigidos por los artículos 9o. y 10o. del Decreto 1813 de 1984 y 30 y 41 del Decreto 3541 de 1983, reiterando que los impuestos descontables fueron solicitados en los bimestres correspondientes a la fecha de su causación y contabilización pese al atraso de seis meses para anotar los comprobantes de contabilidad en los libros principales Diario y Mayor.

Empero, la División de Recursos Tributarios en Resolución A-000125-P de Mayo 7 de 1986, luego de referirse al ajuste de la cuenta corriente a cero (0) como un requisito formal subsanable, observa que la principal razón aducida en la Resolución 000452 para negar la devolución impetrada, "fue la extemporaneidad en la solicitud de los descuentos, puesto que éstos solo podrán solicitarse en la declaración del período en el cual se haya efectuado su contabilización.... Si como directamente lo constataron los funcionarios Auditores, el atraso en los Libros era de 6 meses, no hubo por consiguiente la simultaneidad en la contabilización y solicitud de los descuentos exigida por la Ley, hecho que da lugar a la desestimación de los descuentos extemporáneamente solicitados." (fls. 32 y 33)

Por su parte, el Tribunal de Instancia, después de señalar que a la fecha de la visita (abril 18 de 1985) los Libros Diario y Mayor y Balances solc registraban movimiento contable asentado hasta julio 30 de 1984 expresa una ostensible violación por parte de la demandante aduciendo que no cumplió con los mandatos legales de la "simultaneidad" entre la contabilización y la solicitud de devolución" por lo que decide negar las súplicas de la demanda. (fl. 108)

RECURSO DE APELACION

En la sustentación del recurso el apoderado de la actora, en primer término precisa que evidentemente a la fecha de la inspección ocular la cuenta IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR no se encontraba abierta en los libros principales, pero que este ajuste lo efectuó la sociedad con posterioridad a la solicitud de devolución y antes de interponer el recurso de reposición contra la Resolución 000452 de Mayo 7 de 1985 como aparece acreditado en el expediente. Así mismo, anota que si bien es cierto que había atraso en los libros de contabilidad cuando se solicitó la devolución, este hecho no puede llevar a rechazar la devolución de las sumas pagadas de más por el contribuyente, entre varias razones, por las siguientes:

a) Porque el atraso en los libros de contabilidad, no da lugar, según el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, a la negación de los impuestos pagados en exceso, sino, a la imposición de multa del 3% de los ingresos netos anuales o del 2% del patrimonio líquido, el que resultare superior.

b) Porque según el Acta de Inspección contable, (página 2) los funcionarios que practicaron la visita contable, plenamente establecieron la existencia de "...Comprobantes internos, externos, facturas, comprobantes de Diario y demás documentos que soportan los descuentos solicitados (bimestres 4o., 5o. y 6o. de 1984) los que se revisaron y analizaron de acuerdo a la relación de Impuestos Descontables por Bienes y Servicios adquiridos por la Sociedad, pero que no se registraron en los libros Mayores por atraso en la contabilidad."(fl. 118)

c) Porque como lo mismos funcionarios lo reconocieron, no existe norma legal que confiera el carácter de esencial a la cuenta Impuesto a las ventas por Pagar que únicamente constituye un requisito puramente formal y por ello subsanable, como evidentemente lo subsanó la sociedad.

Por lo demás, cuestiona la sentencia del Tribunal en cuanto afirma que la solicitante no cumplió con los mandatos legales de simultaneidad entre la contabilización y la solicitud de devolución, porque a la fecha de ésta la contabilidad no estaba al día. Respecto de esta afirmación dice, que exigencia de tal naturaleza no la consigna norma legal alguna, "ni podía concebirla al legislador, por resultar imposible que al mismo tiempo pudiera hacerse la contabilización y la solicitud de los descuentos." (fl. 119)

También muestra su desacuerdo en cuanto al fallo de instancia afirma que los descuentos no se solicitaron oportunamente, ni se contabilizaron en el período señalado por la Ley puntualizando que "como está demostrado en el expediente con las copias de las declaraciones de ventas por los bimestres 4o., 5o. y 6o. de 1984, que se anexaron a la demanda, los descuentos sí se pidieron en cada uno de los respectivos bimestres y, su registro en los libros principales, hecho subsanado, se hizo en el período correspondiente a la fecha de su causación, como se demostró también en la demanda...." (fl. 119)

PARTE DEMANDADA

La representante de la Dirección de Impuestos Nacionales, luego de transcribir los argumentos esgrimidos por el *a-quo*, reitera que las Oficinas de Impuestos actuaron dentro del marco legal al negar la petición de devolución de los impuestos descontables en referencia, porque la sociedad no dio cabal cumplimiento a las normas que exigen determinados requisitos como acreditar previamente que realizó el ajuste a cero (0) la cuenta "Impuesto a las Ventas por Pagar" (parágrafo 2o., art. 9o. Decreto 1813 de 1984). En resumen:

afirma que la demandante no cumplió con los requisitos ordenados por la Ley, en el momento establecido para tal fin: "...Que su posterior cumplimiento no varía con la decisión tomada por la División de Auditoría ratificada en los actos que agotaron la vía administrativa." (fls. 123/127)

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez, se refiere a la Resolución A-00125-P de mayo 7 de 1986, que confirmó la número 000452, para observar que este proveído hace una afirmación totalmente contraria a los hechos cuando sostiene que el principal motivo que tuvo la Auditoría de Impuestos para negar la devolución "fue la extemporaneidad en la solicitud de los descuentos"... o la falta de "simultaneidad" entre "la contabilización y solicitud de los descuentos"; contraria a esta posición es el concepto de la Fiscalía al argumentar que el único motivo de la negativa de la devolución fue el hecho de que la sociedad no dio cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo 2o. del artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984, es decir no ajustar la cuenta corriente Impuesto a las Ventas por Pagar a cero, y agrega:

> "Ahora bien, si la omisión del discutido requisito fue el único motivo que tuvo para denegar la solicitud y sí, además, tal omisión, como lo admite la propia Administración, es "subsanable" y la sociedad, al interponer el recurso de reposición, enmendó la irregularidad, aquélla no ha debido cambiar las "reglas de juego", alegar nuevos motivos, sino que simplemente ha debido admitir la solicitud de devolución.
>
> "De otro lado, es preciso anotar que ninguna de las normas legales en que se fundamentó la Administración para no acceder a la petición de la sociedad establece que para que proceda la devolución es necesario que exista, entre otros requisitos, "simultaneidad" entre la contabilización y la solicitud de devolución.
>
> "Por lo expuesto, la Fiscalía conceptúa que el Consejo de Estado debe revocar la sentencia recurrida y acceder a las pretensiones de la demanda." (fls. 129/133)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos de la devolución o compensación de saldos a favor de responsables del impuesto sobre las ventas, el artículo 31 del D.L. 3541 de 1983 preceptúa que las solicitudes por tal concepto deben resolverse dentro de los 30 días siguientes a su presentación siempre y cuando se formulen correctamente, es decir cumpliendo los requisitos formales del artículo 9o. del D.R. 1813 de 1984 cuando se trate de productores de bienes exentos (literal a) artículo 28 D.L. 3541 de 1983) y de otros requisitos adicionales si

se trata de exportadores (artículos 10, 11 y 12 Decreto 1813 de 1984). En el caso de que no se cumpla con alguno o algunos de los requisitos allí establecidos dispone el artículo 15 del Decreto 1813 de 1984 que se deberá dictar auto inadmisorio de la solicitud de devolución dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación de tal solicitud devolviéndola al interesado para que la presente en debida forma.

Así mismo, el Decreto 3541 de 1983 señala que las devoluciones efectuadas de acuerdo con las declaraciones presentadas por los productores y exportadores no constituyen un reconocimiento definitivo a su favor sino a partir de los cinco (5) años contados a partir de la entrega de las sumas devueltas, pudiéndose efectuar devoluciones a los exportadores mediante la entrega de Certificados de Reembolso Tributario. De igual modo precisa que cuando se trate de responsables que deben declarar bimestralmente, las deducciones o impuestos descontables solo pueden solicitarse a la declaración del período fiscal correspondiente a la fecha en que se hubiere causado el derecho; y contabilizarse tales deducciones e impuestos descontables bien en el período fiscal correspondiente a la fecha de su causación o en uno de los dos períodos bimestrales inmediatamente siguientes (art. 30 *ibídem*).

Como hecho irregular que origina sanción pecuniaria el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982 en su inciso 3 establece el atraso en los libros de contabilidad, considerando para tal efecto que éstos deben estar al día, a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones, irregularidad que sanciona con multa equivalente al 3% de los ingresos netos anuales o el 1% del patrimonio líquido, el que resulte superior (art. 83 Ley 9a. de 1983).

Ahora bien, del contexto legal precedentemente reseñado la Sala claramente deduce que el solo atraso en la anotación en los libros de contabilidad en manera alguna puede implicar la pérdida del derecho a la devolución de los sobrantes de impuestos puesto que la ley simplemente determina que ocasiona una sanción pecuniaria que se debe imponer conforme a las previsiones del artículo 56 del D.L. 3803 de 1982 en concordancia con el artículo 83 de la Ley 9a. de 1983. Estima la Sala que la Administración ha debido, como resultado de la visita y ante el atraso evidente detectado en la contabilidad, dar aplicación a las normas antedichas imponiendo la condigna sanción de multa y no, como lo hizo, sancionando tal hecho con la pérdida del derecho a la devolución. Otra cosa es en la que acontece cuando el responsable, teniendo derecho a una deducción o impuesto descontable no lo solicita y contabiliza en el período fiscal correspondiente a la fecha en que se causó ese derecho. Para la Sala es evidente que en el *sub-lite* se cumple el requisito del artículo 30 del D.L 3541 de 1983 por cuanto los impuestos descontables fueron solicitados en las declaraciones bimestrales correspondientes a la fecha en que se causó ese derecho y además aparecen contabilizados tales impuestos descontables en el período fiscal respectivo,

aunque, como se refirió en los antecedentes, la visita encontró que la contribuyente llevaba los correspondientes libros de contabilidad pero con atraso de más de seis meses en sus asientos. También dejó constancia la visita que no obstante "existen comprobantes internos, externos, facturas, comprobantes de Diario y demás documentos que soportan los descuentos solicitados por los bimestres enumerados en el punto 2, los que se revisaron y se analizaron de acuerdo a la relación de Impuestos Descontables por bienes y servicios adquiridos por la Sociedad, pero que no se registraron en los Libros Mayores por atraso en la contabilidad" (fl. 36). Igualmente se dijo que por lo anterior, la sociedad no daba "cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984, al no ajustar la cuenta corriente "Impuesto a las ventas por pagar, a cero."

De manera que, si bien es cierto que a la fecha del acta contable la cuenta corriente impuesto a las ventas por pagar no estaba ajustada a cero y los comprobantes de contabilidad no aparecían asentados en los libros principales Diario y Mayor, debido a que esta labor registraba un atraso de seis (6) meses, irregularidad corregida antes de la interposición del recurso de reposición contra la Resolución 000452, esto no significa que los descuentos cuya devolución se solicita no se hubieran contabilizado en el período fiscal correspondiente a la fecha de su causación la cual coincide con la de los períodos bimestrales de las declaraciones en las que se solicitan tales impuestos descontables. En síntesis, lo que originó la negativa de la devolución fue la circunstancia de no registrar la cuenta IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR el movimiento del impuesto por las operaciones gravadas, los respectivos descuentos y el ajuste a cero, debido al atraso en la anotación de los comprobantes de contabilidad en los libros Diario y Mayor.

Empero dicha deficiencia fue subsanada como se ha dicho, y así lo entendió la División de Recursos Tributarios al afirmar en la Resolución 125-P de mayo 7 de 1986 que el ajuste de la cuenta corriente a cero es un requisito formal subsanable, seguramente teniendo en consideración el hecho de que como se dijo en el acta de visita, existían en la contabilidad los comprobantes internos y externos relativos a la cuenta de impuesto a las ventas por pagar, y aunque ésta no estaba en la fecha de la visita ajustaba a cero, quedó en tal estado al presentarse el recurso de reposición.

Por ello, y aunque la Sala estima que el cumplimiento cabal de las normas atinentes a la cuenta de impuesto a las ventas es requisito inexcusable para el trámite de la devolución de los saldos a favor del responsable que se presenten, observa que en el caso analizado existen circunstancias que permiten acceder a las pretensiones del apelante en cuanto, principalmente, la propia administración aceptó que las fallas de atraso contable y el ajuste a cero de la cuenta de impuesto a las ventas por pagar se solucionaron al interponerse el recurso de reposición, no obstante que insistió, equivocadamente a juicio de

la Sala, en negar la devolución fundándola en otra razón, la relativa a la falta de simultaneidad entre la contabilización y la solicitud de los descuentos.

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

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia de 11 de noviembre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 5341 promovido por EDITORIAL PRESENCIA LTDA. Nit. 60.033.977 con el fin de obtener la devolución de la suma de $3.437.697 por sobrantes de impoventas (bimestres 4o., 5o. y 6o. de 1984).

2o. DECLARASE la nulidad de las Resoluciones 000452 de mayo 7 de 1985, A-000125-P de mayo 7 de 1986 expedidas por la División de Auditoría Interna Impoventas y División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, respectivamente, mediante las cuales se negó la devolución a Editorial Presencia Ltda. de los sobrantes de impoventas correspondientes a los bimestres antes mencionados.

3o. Como consecuencia de lo anterior, ordénase la devolución de la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS ($3.437.697.oo M/Cte.) correspondiente a los saldos a favor de EDITORIAL PRESENCIA LTDA., por los bimestres 4o., 5o. y 6o. de 1984, junto con los intereses (art. 31 del Decreto 3541 de 1983).

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia

La Sala ha sostenido que los concejos municipales o distritales son entes puramente administrativos que no pueden crear impuestos a menos que estén previamente autorizados por la ley del Congreso de la República donde los faculte para crearlos porque en materia impositiva tienen competencia restringida.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 1o. del Acuerdo número 4 de mayo 5/88 del Concejo Distrital de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 2938 Actor : Hernando Pinzón Avila APELACION INTERLOCUTORIOS (Suspensión Provisional)A U T O

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el doctor HERNANDO PINZON AVILA, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de diciembre de 1.989 que negó decretar la suspensión provisional del artículo 1o. del Acuerdo No. 4 del 5 de mayo de 1.988, originario del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.-

1.- El apoderado de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto proferido por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de diciembre de 1.989, mediante el cual se admitió la demanda pero se negó la petición sobre suspensión provisional, hecho por la parte actora en escrito separado del acto administrativo cuya anulación solicita.-

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda- en el auto de 7 de diciembre de 1.989 que es objeto de apelación, luego de transcribir el artículo 152 del C.C.A., expresó como fundamento de su negativa a declarar la suspensión provisional: "Toda vez que la medida se ha solicitado y sustentado de modo expreso mediante escrito separado (fl. 7) debe examinarse la "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma".-

"Para tal efecto la Sala observa que aduce el demandante violación del artículo 43 de la Constitución Nacional y el numeral 2o del Artículo 197 de la Constitución Nacional "Por cuanto el Concejo Distrital, como órgano puramente administrativo no puede crear impuestos a menos que la ley expedida por el Congreso le de atribución especial para crearlo".-

"Constituye este aserto válido por lo demás la premisa mayor de la infracción manifiesta de la Ley, *que se debe demostrar por el actor*" (Lo subrayado es de la Sala).-

"Sin embargo en opinión de esta Sala, *no basta tal afirmación*, única que se trae como fundamento y razón de la violación porque de ella no se deduce la manifiesta infracción de las normas constitucionales citadas, y mucho más si el acto acusado invoca como fundamento el Decreto Ley 3133 de 1968, exigiéndose así el estudio de tal disposición por la Sala haciéndose improcedente la medida cautelar solicitada".- (Lo subrayado es de la Sala).-

El apelante al sustentar la apelación dice: que esta demanda ha sido presentada en varias oportunidades ante el mismo Tribunal y en todos los casos se decretó la suspensión provisional. Sostiene así mismo: "3) Como ya lo ha dicho en forma reiterada el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con el artículo 43 y 197 de la Constitución Nacional, en tiempo de paz solo el Congreso podrá crear impuestos mientras que las Asambleas y los Concejos Municipales solo podrán aprobar las contribuciones é impuestos que la misma Ley nos faculte. En el caso de Autos, es claro que el Concejo Distrital de Bogotá, aprobó un nuevo impuesto sin autorización legal. De sólo comparar las disposiciones constitucionales con el Acuerdo demandado surge la violación (sic) notoria u grave que amerita la suspensión provisional".-

LA PARTE OPOSITORA

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá sostiene que la jurisprudencia ha dicho que la violación debe aparecer a simple vista y en el presente caso se requiere hacer un estudio del Decreto Ley 3133 de 1.968 puesto que los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional permiten a los Concejos Municipales votar las contribuciones y gastos locales conforme a la ley de donde se concluye la necesidad de estudiar el mencionado decreto para establecer si autoriza al Cabildo para expedir la norma demandada.-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En diferentes ocasiones, que ahora reitera, la Sala ha sostenido que los Concejos Municipales o Distritales son entes puramente administrativos que no pueden crear impuestos a menos que estén previamente autorizados por la Ley del Congreso de la República donde los faculte para crearlos porque en materia impositiva tienen competencia restringida.-

Además la Corporación al desatar un recurso de apelación instaurado por el Distrito Especial de Bogotá contra la providencia que suspendió provisionalmente la misma norma ahora demandada dijo: "Y en cuanto al punto fundamental relativo a la competencia restringida de Asambleas y Concejos para votar impuestos o contribuciones, la Sala reitera el criterio tantas veces expuesto por esta Corporación en el sentido de que estos organismos administrativos, requieren la autorización del Congreso Nacional expresada en una ley para votar impuestos y contribuciones, ciñéndose a los términos del artículo 197, ordinal 2o. que refiriéndose a las atribuciones de los Concejos dice: "Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: "SEGUNDA: Votar, en conformidad con la Constitución, la Ley, y, las Ordenanzas las contribuciones y gastos locales".-

"Las razones que anteceden, a juicio de la Sala, son suficientes para mantener la medida de suspensión provisional, pues cabe consignar que son muchos los casos que esta Sala ha conocido en que se demandan actos del Concejo Distrital ilegales, que éste reproduce, a pesar de carecer de facultad legal para establecer este tipo de impuestos para una actividad que por otra parte, ya está gravada con impuesto de Industria y Comercio" (Radicación No. 2.792, Actor: Orlando Alfonso Páez Lancheros. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn).-

Para la Sala la solicitud de suspensión provisional está debidamente fundada al decir: "Considero que hay manifiesta violación y por consiguiente procedente (sic) la suspensión provisional por las siguientes razones: "1) Viola el artículo 43 de la C.N., y el numeral 2o. del Artículo 197 de la C.N., por cuanto el Concejo Distrital, como órgano puramente administrativo no puede crear impuestos, a menos que la ley expedida por le (sic) Congreso le

dé atribución especial para crearlo, o que el Concejo ejercite el desarrollo administrativo del impuesto creado directamente por la ley". "2) Por existir del H. Tribunal Administrativo una reiterada y reciente jurisprudencia de la materia, me abstengo de entrar en mayores consideraciones (Adjuntó las providencias y conceptos indicados anteriormente)".-

El memorialista agregó copia del auto de mayo 27 de 1.988 suscritos por los Magistrados Julio Enrique Correa; Mercedes Salgado de Gutiérrez; Miren de la Lombana de Magyaroff; Jorge E. Márquez Puentes; Clara González de Barbosa y César Uribe Botero, en el cual se decretó la suspensión del artículo 9o. del Acuerdo 19 de 9 de diciembre de 1.987, del Concejo de Bogotá que contiene una disposición similar a la que se demanda, y de los autos de 21 de junio de 1.988, ponente César Uribe Botero, por el cual se suspendió la misma norma anterior y del auto de 16 de septiembre de 1.988 en el que se suspende provisionalmente el Acuerdo No. 4 de 5 de mayo de 1.988.-

Como la providencia del *a-quo* no tuvo en cuenta las restricciones establecidas en materia impositiva, por los artículos 43 y 197, ordinal 2o. de la Constitución Nacional, ni las reiteradas interpretaciones de esta Corporación sobre el punto, habrá de revocarse la providencia apelada.-

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

RESUELVE:

REVOCASE la providencia apelada en cuanto niega la suspensión provisional del artículo 1o. del Acuerdo No. 4 proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, el 5 de mayo de 1.988, y en lugar se decreta la suspensión provisional del mencionado Acuerdo.-

Cópiese, notifíquese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que continúe el trámite del proceso.- Cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DEMANDA - Requisitos. **PARTES** - Designación. **PERSONAS DE DERECHO PUBLICO** - Representación

El actor nos indicó a la parte demandada que es la Nación representada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, pero el hecho de que se hubiera indicado como parte demandada a la entidad que apenas tiene el carácter de representante legal, no puede concluirse que se indicó a la parte demandada conforme a la exigencia del artículo 137 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor: Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 2897 Actor : Industria Pasteurizadora y Lechera "El Pomar S.A." Apelación Interlocutorios Auto

Se decide el recurso de apelación interpuesto por INDUSTRIAS PASTEURIZADORA Y LECHERA "EL POMAR S.A.", contra el auto de 15 de diciembre de 1.989, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el cual se inadmitió la demanda de los actos administrativos que le determinaron el impuesto sobre la renta y patrimonio a cargo de la nombrada sociedad por año gravable de 1.985.-

ANTECEDENTES

La actora presentó su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1.985 el 29 de abril de 1.986, la que fue radicada bajo el No. 000553-3005 DIN BOGOTA. En ella determinó la renta gravable por el sistema ordinario de depuración de la renta. Previo requerimiento, al que no dio respuesta, le fue determinada la renta gravable mediante el sistema presuntivo conforme a liquidación No. 000267 del 28 de julio de 1.988, la que recurrida en reconsideración, fue resuelto mediante resolución No. 00253 del 4 de mayo de 1.989 en forma desfavorable. La providencia anterior (fls. 22 a 27), agotó la vía gubernativa.-

LA DEMANDA

Se concreta al hecho de haberse determinado la renta por el sistema presuntivo, en razón de que no envió el certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el control de precios de los productos lácteos como lo dispone el artículo 15 de la Ley 9a. / 45. Invocó y explicó el concepto de violación de las siguientes normas legales: Ley 9/83, artículo 15; Ley 52/77, artículo 46; Ley 50/85, artículo 55; y artículo 4o del Decreto 2503/87.-

LA ACTUACION EN EL TRIBUNAL

Por auto de 30 de octubre de 1.989 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca habiendo encontrado que no fueron cumplidos en su totalidad los requisitos exigidos por el artículo 137 del C.C.A, en lo referente a la identificación en debida forma de la parte demandada y a la estimación de la cuantía, devolvió la demanda y otorgó un término de cinco (5) días para que el actor efectuara la corrección ordenada. Por escrito presentado el 10 de diciembre de 1.989, en forma extemporánea, la actora no subsanó en debida forma los errores de que adolece la demanda por lo que el *a-quo*, inadmitió la demanda conforme a proveído del quince de diciembre de 1.989 (fl. 36).-

EL RECURSO DE APELACION

Contra el auto inadmisorio de la demanda, la parte actora interpuso dentro del término legal recurso de apelación en el que reitera lo que dijo en la demanda, a saber: "que la parte demanda (sic) es la Dirección General de Impuestos Nacionales, que con la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, quien profiere los actos acusados constituyen el Ente Estatal parte demandada". Y en relación con la cuantía expresa a folio 38: ."Con respecto a la indicación de la cuantía,.....no es necesario puesto que ello no determina competencia en esta clase de juicios ya que el Honorable Tribunal Administrativo, conoce tanto en única como en primera Instancia que por lo demás proporciona la admisión de la demanda que cordialmente solicito del Honorable Consejo de Estado".-

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El artículo 137 del C.C.A., al hablar del contenido de la demanda dispone: "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá:

"1) La designación de las partes y sus representantes;...

"6) La estimación razonada de la cuantía, *cuando sea necesaria para determinar la competencia.*" (Lo subrayado es de la Sala). Por su parte el artículo 149 ibídem que trata de la representación de las personas de derecho público expresa:..*En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor* según el caso; en general por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho".-

"En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, *la representación de las entidades públicas la tendrán el director general de impuestos nacionales* en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto." (Subraya la Sala).-

Como queda claro de lo expuesto, el demandante indicó como parte demandada a la Dirección General de Impuestos Nacionales por intermedio de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, que carecen de personería jurídica y como tal no pueden ser demandadas; conviene aclarar que conforme al artículo 149 del C.C.A., Dirección General de Impuestos Nacionales tiene por Ministerio de la Ley, la *representación judicial* de la Nación, que es una cosa distinta a que en las demandas contra la Nación, se señalen como demandada a la Dirección General de Impuestos Nacionales. En el caso de autos la parte actora está demandando al representante legal, mas no la Nación.-

En cuanto a la otra exigencia del auto que señala defectos de la demanda relativo a la estimación de la cuantía, ella es determinada en el caso sublite por la diferencia entre la suma liquidada a cargo del contribuyente por las oficinas de impuestos y la fijada por este concepto por el declarante en la liquidación privada, siendo determinable por la comparación de estos dos extremos, lo que no es obstáculo para que el actor haga la estimación de la misma en la demanda. En el caso sublite el actor no indicó a la parte demandada que es la Nación representada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, pero el hecho de que se hubiera indicado como parte demandada a la entidad que apenas tiene el carácter de representante legal, no puede concluirse que se indicó a la parte demandada conforme a la exigencia del artículo 137 del C.C.A.

Por las consideraciones anteriores en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

CONFIRMASE EL AUTO APELADO.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

TITULO EJECUTIVO. CONTRATO DE SEGURO. POLIZA

El seguro es un contrato solemne y el documento por medio del cual se perfecciona y prueba se denomina póliza, la cual debe ser redactada en castellano y firmada por el asegurador quien debe entregarla, en original, al tomador. El documento en que consta es ad probationem y sin el cual, no se encuentra perfeccionado, ni se prueba con otro medio. No es, entonces, adecuada la simple copia de la póliza para basar en ella el cobro coactivo judicial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., septiembre (07) de mil novecientos noventa y (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2799 Actor : La Nación contra Hugo Eliécer Alvarez Sanjuan. JURISDICCION COACTIVA - AUTO

Se atiende el recurso de apelación que el apoderado judicial de SEGUROS DEL CARIBE S. A. interpuso como subsidiario del recurso de reposición contra el Auto mandamiento de pago que libró en su contra el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 22 de marzo de 1989.

El juzgado tomó documentos integrantes del título ejecutivo la Resolución No. 222 de mayo de 1987, mediante la cual se dispuso hacer exigible la suma de $ 10´615.262. a SEGUROS DEL CARIBE S.A. como garantía de las

obligaciones contraídas por el señor HUGO ELIECER ALVAREZ SANJUAN con la Aduana Nacional en una Importación Temporal.

La impugnación al título aducido por el Juzgado hecha en el recurso de reposición y sostenida en el recurso de apelación, consiste en que la entidad oficial no adujo para el cobro ejecutivo el ORIGINAL de la póliza No. 23427 de junio 26 de 1986, sino una copia de ésta.

Expresa el apelante que la póliza es un contrato (sic) solemne, según lo establece el Código de Comercio en sus Artículos 1036, 1046 y 1047 y que la única prueba del contrato de seguros es la póliza, obviamente en original. No estando en el expediente la copia aducida y en la cual se soporta la providencia del Juzgado, carece de valor probatorio por no cumplir los requisitos legales.

SE CONSIDERA

Por la circunstancia de que el recurso de apelación del mandamiento ejecutivo se surte en el efecto devolutivo y al superior le llegan las copias del expediente, que conserva el Juzgado, podría existir duda sobre si en este último, el documento que obra es el original o una copia de él. Pero en el caso que se resuelve, esa duda desaparece porque fue el mismo Juez quien al mantener su providencia (Auto de enero 3 de 1990), se detuvo a examinar la argumentación del apoderado sobre el cual expuso:

> "Si bien es cierto que a folio 4 del expediente aparece fotocopia de la Póliza No. 23427 del 20 de junio de 1986, no es menos cierto que se encuentre debidamente autenticada - por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, lo que le da presunción de validez, hasta que no se demuestre lo contrario en un proceso de tacha de falsedad del documento, en consecuencia, el Juzgado profirió el mandamiento de pago con fundamento en documentos completamente idóneos, como lo son la Póliza prenombrada y la Resolución No. 02222 del 28 de mayo de 1987".

Despejado así el aspecto probatorio sobre la verdadera naturaleza del documento utilizado para el cobro, procede la Sala a considerar el punto estrictamente jurídico.

De los Artículos 1036, 1047 del Código de Comercio claramente se deduce que el SEGURO es un contrato solemne y que el documento por medio del cual se perfecciona y prueba se denomina póliza, la cual debe ser redactada en castellano y firmada por el asegurador quien debe entregarla, en original, al tomador.

Se trata pues de un contrato solemne. El documento en que consta es *ad probationem* y sin el cual, no se encuentra perfeccionado, ni se prueba con otro medio.

Uno de los atributos del contrato de seguros en que es SOLEMNE, aspecto sobre el cual el profesor Efrén Ossa dice:

> "Por que solo "se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscriba la póliza" (C. de Co., Art. 1036.—inc.2), o sea -y la redundancia legal aquilata la solidez de este postulado- "el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro" (Art. —1046), que deberá "ser firmado por el asegurador " (id).
>
> Nótese, en primer término, que basta la firma del asegurador como elemento básico, *ad substantiam actus*, para solemnizar el acuerdo previo de voluntades entre "el asegurador" y "el tomador" sobre los elementos esenciales del seguro, sin el cual tampoco podría existir el contrato (C. C., Art. 1502). Lo que acontece es que el solo cruce de los acontecimientos de "las partes", sin el documento que lo refleje firmado por "el asegurador", no es bastante a dar vida jurídica al contrato de seguro. "Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad" (C. de Co., Art. 824).
>
> Importa, pues, para que el seguro sea fuente de derechos y obligaciones, que el acuerdo respectivo -que hay que suponer sobre los elementos esenciales del contrato: interés asegurable, riesgo asegurable, prima y obligación condicional del asegurador (C. C., Art. 1501 y C. de Co., Art. 1045)- esté consignado ("conste por escrito")- en un "instrumento privado" con la firma autógrafa del asegurador (C. de Coa., Art. 826, inc. 1). Fuera de ser redactado en castellano (Art. 1046), este documento "debe expresar" (Art. 1047), y así responde a la denominación legal de "póliza", los nombres de "las partes": asegurador y tomador (id., ords. 1o y 2o), la identidad de la cosa o persona sobre las cuales versa el seguro - (id., ord. 5o), la suma asegurada (id., ord 7), la prima (id., ord. 8o) y los riesgos a cargo del asegurador - (id., ord. 9o).
>
> No son más los requisitos de fondo o de forma que exige la ley".

No es pues adecuada la simple copia de la póliza para basar en ella el cobro coactivo judicial, como no lo es la copia del pagaré ni la de la letra de cambio, por lo que es preciso conceder razón al apelante.

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

RESUELVE:

Revócase el auto mandamiento de pago del 22 de marzo de 1989 dictado en estas diligencias.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate; Carmelo Martínez Conn; Consuelo Sarria Olcos;*

Jorge Torrado Torrado, Secretario

FUNCION PUBLICA. CONTRIBUCION DE VALORIZACION - Trámite

La intervención de los representantes de los propietarios en el trámite administrativo para determinar la contribución de valorización, no implica el ejercicio de una función pública y su carácter transitorio, como el interés privado que representan, riñe con el concepto contenido en los artículos 20 del Decreto Extraordinario 2400/68, subrogado por el artículo 1 del Decreto 3074 del mismo año y en especial con la noción de empleo que da el artículo 2 del Decreto Extraordinario 1042/78.

REVOCA LA NULIDAD de los literales b, d, e, f y h del artículo 22 del Acuerdo 11 de 1981 de la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá.

- *Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta*

Bogotá, D.E., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 1930 Actor : Area Metropolitana del Valle de Aburrá. ASUNTOS MUNICIPALES. FALLO

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Area Metropolitana del Valle de Aburrá, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 21 literal b) y del artículo 22 literales b, d, e, f, y h) del Acuerdo No. 11 de 1981 expedido por la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá.-

ANTECEDENTES

Mediante el acuerdo No. 11 de 1981, la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá expidió el Estatuto para la contribución de valorizaciones en el área del mismo nombre.-

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de simple nulidad, el actor formula las siguientes peticiones:

"PRIMERO.- Que son nulas la expresiones "por causa de un plan o conjunto de obras de interés público" y "contribución que no puede sobrepasar el monto del beneficio estimado", del lit. b) del Artículo 1o del Acuerdo 11 de 1981 expedido por la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá. Y que en su lugar ha de quedar reformado el citado literal, así: "b) La contribución de Valorización es un gravamen real, causado por el mayor valor económico de un inmueble del contribuyente, por la ejecución de obras de interés público dentro del Area Metropolitana, por la administración de ésta y con intervención de los propietarios sujetos del gravamen, contribución que no puede sobrepasar el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles gravados".-

"SEGUNDO. Que son nulos el adverbio "no" y la conjunción adverbial "sino" del Art. 46 del citado Acuerdo 11 de 1981 de la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá, que dice:"

"La validez de la contribución no depende del acierto en la designación del nombre del contribuyente, sino de la realidad del predio y del beneficio económico que sobre él produce la ejecución de obra pública".-

"Y que debe decir y así queda reformado: "La validez de la contribución de valorización depende del acierto en la designación del contribuyente, de la base real de la contribución y del beneficio económico que sobre el predio gravado produce la obra pública". O, para mejor sindéresis: "La validez de la contribución de valorización depende de la identidad del contribuyente, de la base real y del beneficio económico que sobre el predio respectivo produce la obra pública generadora de la misma".-

"TERCERO.- Que es nulo el Artículo 63 del mismo acuerdo, cuyo texto es: "El error acerca del nombre o identidad de la persona que ha de pagar la contribución, no afecta la validez o seguridad de la misma, conforme al artículo 46 del presente Acuerdo, pero sí afecta su exigibilidad . El verdadero contribuyente solamente estará obligado a pagar desde el momento en que se le notifique la nueva Resolución mediante la cual la Junta le asigne la respectiva contribución, actualizada mediante la aplicación de los índices de precios al por mayor (IPPM) del Banco de la República".-

"PARAGRAFO.- Lo mismo ocurrirá si se trata de gravar a quien, siendo propietario de predios dentro de la zona de influencia y habiendo éste recibido beneficio, fue omitido en la resolución distribuidora de la contribución".-

"Y que ha de quedar reformado en los siguientes o similares términos: "El error acerca de la identidad del contribuyente, afecta la validez de la contribución , pero no la certeza de la base de la liquidación. El verdadero contribuyente sólo estará obligado a pagar desde el momento en que se le notifique la Resolución mediante la cual la Junta le asigne la respectiva contribución."

"CUARTO.- Que son nulos los literales b), c) y d) y el Parágrafo del Art. 21 del mencionado Acuerdo, que rezan:

"Los representantes de los propietarios deberán ser:..

b) Ciudadanos en ejercicio.

c) Propietarios dentro de la zona de citación.

d) Residentes en el Area Metropolitana.

"PARAGRAFO.- Según el tipo de obra de que se trate, la Junta establecerá calidades adicionales para ser elegible representante de los propietarios".

"QUINTO.- Que son nulos los literales b), d), e), f) y h) del Art. 22 del mismo Acuerdo, cuyo texto es:

"No podrán ser elegidos como representantes de propietarios:..

b) Quienes estén inscritos como Contratistas en cualquiera de los municipios del Area Metropolitana. ...

d) Quienes tengan pleitos judiciales con el INVAL en relación directa con la obra de que se trate.

...

e) Quienes se encuentren en mora en el pago de contribuciones de Valorización Metropolitana.

...

f) Los miembros de la Juntas Directivas de las Entidades Públicas existentes en el Area Metropolitana.

h) Quienes hayan sido representantes de los propietarios ante el INVAL por concepto de otra obra Metropolitana o municipal de Medellín en el período comprendido dentro de los dos (2) años inmediatamente anterior".-

"SEXTO.- Que es nulo el segundo inciso del Art. 24 del citado Acuerdo que dice:"

"Si no se lograre la elección de alguno de los representantes, la Junta efectuará la correspondiente designación, teniendo - para ello en cuenta los requisitos establecidos en los artículos 21 y 22 del presente Acuerdo. Igual procedimiento se utilizará en los casos de faltas absolutas de los elegidos".-

"SEPTIMO.- Que es nula la locución "se hará la designación en la forma - subsidiaria prevista en el artículo 24 del presente Acuerdo, del segundo inciso del Artículo 28 del mencionado Acuerdo, que reza:

"En caso de que los elegidos principal y suplentes, no aceptaren el cargo, no se posesionaren o falten en forma absoluta se hará la designación en la forma subsidiaria prevista en el artículo 24 del presente Acuerdo".-

"OCTAVO.- Que es nula la expresión "en forma personal" del Art. 27 del mismo Acuerdo, que dice:

"el INVAL administrará las papeletas de votación con la información necesaria, las cuales serán entregadas en forma personal a cada propietario, previa identificación".-

"NOVENO.- Que son nulos los términos "puedan", "votación", "voto" y la locución "Ninguna persona podrá representar a mas de diez (10)

propietarios del Parágrafo del Artículo 25 del mencionado Acuerdo que reza:"

"PARAGRAFO:- Los propietarios que no puedan concurrir personalmente a realizar la votación, tienen la facultad de delegar su voto en otra persona, mediante memorial dirigido al Gerente del INVAL y autenticado ante el Notario. Ninguna persona podrá representar a más de diez (10) propietarios".-

"Y que ha de ser reformado en los siguientes o similares términos: "Los propietarios que no concurran personalmente a la elección de representantes, tienen facultad de delegar su personería, mediante memorial dirigido al Gerente del INVAL. Esta facultad podrá comprender tanto el derecho de postulación de representantes como el de elección de los mismos".-

"DECIMO.- Que es nula la locución: "La falta de actuación o de aprobación, o la ausencia por parte de los representantes, no impide ni afecta la validez o la eficacia legal del acto administrativo que aprueba la liquidación de la contribución", del art. 32 del referido Acuerdo. Y que ha de ser modificado en los siguientes o similares términos: "La ausencia o la renuencia a actuar de los representantes de propietarios elegidos a su improbación del acto administrativo que liquida y decreta la contribución, no impide éste no afecta su validez."

O: La falta de citación de los representantes de propietarios elegidos, afecta la validez del acto administrativo que decreta la liquidación de la contribución. Pero la falta de actuación o de aprobación de dicho acto por los representantes debidamente citados. no resta validez al acto. Pero antes de la expedición del mismo, se atenderán las observaciones tendientes al mejoramiento de la obra proyectada, al ajuste del presupuesto y la equidad de la contribución".

"UNDECIMO .-Que es nulo el art. 34 del citado Acuerdo , que dice: "Se entiende por monto distribuible el costo de la obra incluyendo todas las inversiones y gastos que ella requiera : estudios, proyectos, *administración*, ejecución, financiación, adquisición de inmuebles, indemnizaciones, construcción , instalaciones, reajustes, interventoría, etc., adicionados con un porcentaje de hasta un quince por ciento (15%) para imprevistos y con otro porcentaje de hasta un treinta por ciento (30%) para gastos de *administración*, distribución y recaudación de las contribuciones ".

"PARAGRAFO.- Para calcular el monto de las inversiones se tendrán en cuenta los precios actuales y los probables índices de pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano en el transcurso del plazo que se

determine para la completa realización de la obra o plan de obras". - (Lo subrayado es del texto).-

"Y que ha de quedar reformado así: Para liquidar la contribución se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas con un porcentaje hasta del quince por ciento (15%) para imprevistos y hasta de un treinta por ciento (30%) para gastos de administración, contribución y recaudación de las contribuciones. Dichos porcentajes tendrán la misma base y serán determinados en el acto que decrete la obra respectiva".-

"DUODECIMO. Que es nulo el art. 35 del mismo Acuerdo, cuyo texto es: La liquidación tendrá exclusivamente en cuenta el beneficio que los inmuebles reciben por causa de la obra , considerándolo con criterio analítico y comercial ".-

"Y que ha de quedar reformado así: "Para liquidar la contribución se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produce a los inmuebles que han de ser gravados".-

"DECIMOTERCERO:- Que es nula la locuión (sic) "el pago" y la acumulación de situaciones determinantes de la contribución contenida en el Art. 45 del citado Acuerdo, que ha de ser complementada con la expresión "no acumulables", al terminar el primer inciso del mismo Artículo".-

"DECIMOCUARTO "-Que es nula la locución "directamente sobre él la cobranza del crédito fiscal" del Art. 47 del mencionado Acuerdo, que ha de quedar reformado así: "La contribución de valorización da al Area Metropolitana la facultad de perseguir el inmueble gravado, para ejercitar la cobranza del crédito fiscal en ella originado, cualquiera sea su propietario o titular de otros derechos".

"DECIMOQUINTO.- Que es nula la locución " el interés por mora se liquidará sobre la contribución "y se cobrará junto con el de financiación, cuando a éste haya lugar", del Art. 51 del referido acuerdo. Y que ha de quedar reformado así: "Las cuotas de la contribución en mora de pago causarán interés de retardo del uno y medio por ciento (1 1/2%) mensual durante el primer año del dos por ciento (2%) mensual de ahí en adelante".- conforme a la Ley".-

"DECIMOSEXTO. -Que es nulo el Art. 52 del Acuerdo citado, que dice: "Por la mora en el pago de tres (3) cuotas mensuales quedarán

vencidos los plazos, en consecuencia se hará exigible la totalidad del saldo insoluto de la contribución ".

. "Podrán restituirse los plazos, por una sola vez, al contribuyente atrasado en el pago de tres (3) cuotas sucesivas si con la cuarta (4a) cancela el valor de las cuotas vencidas más los intereses causados. En caso contrario su cobro se hará por vía coactiva. El beneficio anterior no le será otorgado al contribuyente a quien se le haya iniciado proceso coactivo por la correspondiente contribución".-

"DECIMOSEPTIMO. -Que es nulo en todas sus parte el Art. 67 del referido Acuerdo, que dice:

Si las pruebas aportadas por el reclamante demuestran que evidentemente se incurrió en el error denunciado., el Gerente del INVAL fijará la cuota de amortización con que provisionalmente debe atender su obligación el interesado, de acuerdo con el probable monto en que ha de quedar definida la contribución , mientras se expide la correspondiente Resolución Modificadora. Porque el reclamo, al contrario del Recurso de Reposición no confiere al interesado la facultad de suspender el pago de la contribución a su cargo".-

"DECIMOCTAVO. -Que es nulo el Art. 71 del Acuerdo mencionado, que dice:

"Para que la reposición sea viable, el interesado acreditará que previamente a su interposición, ha consignado el valor de la cuota que la Junta haya determinado en la Resolución distribuidora, cuota que no podrá ser superior al veinte por ciento (20%) del valor total de la contribución".-

"DECIMONOVENO". -Que es nula la locución "si se presenta a recibirla dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición", del Art. 73 del mismo Acuerdo".

Consideró el actor que el mencionado Estatuto era violatorio de la Constitución Nacional en sus artículos 11, 40, 76 y 198; la Ley 113 de 1937, artículo 7o. la Ley 1a. de 1943, artículos 3,18 y 22; el Decreto 1604 de 1966 , artículos 1, 6, 9,11 y 12 ; el Decreto 01 de 1984; articulo 2, 3, 19, 43 a 48, 50, 51,61, 62 y 68 numeral 3o. ; el Decreto 196 de 1971, artículo 25; el Decreto 2400 de 1968 , artículo 9o. reformado por los Decretos 3704 de 1968 y 116 de 1974, y el Código Civil artículos 762,777, 782, 785, 813, 854, 1551, 1552, 1608, 2142, 2149, 2150, 2151, 2152, 2154, 2157, 2158, y 2189.-

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia , considerando que el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, consagra la acción de nulidad y que si bien el artículo 170 *ibídem*, señala en su inciso 2o. que "Para el sólo efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 y 88 podrán estatuirse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas, y modificar o reformar aquellas..." tal norma no es aplicable tratándose de la acción pública de nulidad, en la que no pueden concurrir peticiones consecuenciales o adicionales, ni el juzgador puede declararlas, por lo cual estimó en consecuencia, inepta la demanda, al pedir el actor la nulidad con reformas al texto en sus pretensiones, primera, segunda, tercera, novena, décima, undécima, duodécima, décimatercera y décimaquinta (fls. 65 a 68) y profirió fallo inhibitorio con relación a ellas.-

Igualmente consideró que las prohibiciones contenidas en los literales b) del artículo 21,, como b, d, e, f, y h, del artículo 22 del Estatuto, relacionadas con las calidades que debieran reunir los representantes de los propietarios, eran violatorias del artículo 62 de la Constitución Nacional, porque corresponde a la ley determinar los casos particulares de incompatibilidad de funciones, y accedió por tanto a declarar la nulidad de los literales b) del artículo 21; y b). e), f) y h) del artículo 22 del Acuerdo No. 11 de 1981.-

LA APELACION

El apoderado del Area Metropolitana del Valle de Aburrá al apelar la sentencia manifiesta que el Tribunal interpretó equivocadamente el artículo 62 de la Constitución Nacional, porque dicha norma se refiere a casos particulares de incompatibilidad de funciones, lo que supone la existencia de por lo menos dos funciones públicas, lo cual se ajusta a los principios lógicos que enseñan que para que exista oposición, incompatibilidad, choque o cualquier concepto similar, es necesario al menos la existencia de dos términos iguales de sentido contrario. Y que en este caso falta por lo menos uno de los términos porque los asuntos señalados en el artículo 22 atacado, no son bajo ningún punto de vista "funciones" asignadas a algún "funcionario".-

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación, estima que asiste razón al apelante y expone así su criterio:

> "La Fiscalía considera que tiene razón el recurrente; la incompatibilidad de funciones impide el ejercicio simultáneo de dos o mas empleos, pero también se refiere al artículo 62 de la Constitución Nacional a las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, de manera que la regulación sobre inhabilidades puede fácilmente violar

esta norma constitucional. Veamos si ello ocurre en el caso que nos ocupa".-

"Del texto mismo del artículo 62 C.N.; que defiere a la ley la determinación de los casos particularmente de incompatibilidad de *funciones*, los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva y las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos *empleos* y de su ubicación en el Título V de la misma "De las Ramas del Poder Público y del Servicio Público" claramente se deduce que esta norma se refiere a incompatibilidades e inhabilidades para el ejercicio de la función pública, bien sea por los llamados funcionarios o por particulares investidos de ésta.-"

"Son funcionarios los representantes de los propietarios ante las autoridades que manejan la contribución de valorización o ejercen funciones públicas ya sea individual o colectivamente?".-

"Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo " dice el artículo 2o. del D.E. 2400 de 1969, subrogado por el artículo 1 del D. 3074 del mismo año. Y según el artículo 2 del D.E. 1042 de 1978 "se entiende por empleo el conjunto de funciones públicas, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la Administración Pública".- El carácter transitorio y el objeto de la intervención de los representantes de los propietarios pugna con el concepto de funcionarios que se deduce de las disposiciones transcritas. La representación la asume el elegido para un fin específico : la defensa de los derechos privados de los particulares y su desempeño no puede ir más lejos del tiempo que requiere la ejecución de la obra. No se trata entonces del ejercicio de un empleo ni de la satisfacción de necesidades de la Administración Pública".-

"Pero no siendo funcionario ejerce funciones públicas ?.-

"La intervención de los propietarios en el trámite administrativo de la contribución de valorización fué dispuesto por el artículo 22 de la ley 1 de 1943 como un mandato para los Concejos Municipales, con el objeto de que los llamados a costear las obras ordenadas por este sistema no quedaren al margen de la distribución de la contribución y de la ejecución de la inversión de los fondos obtenidos. Como es obvio, ante la dificultad de la intervención directa de los propietarios, las distintas regulaciones han establecido juntas de representantes, dándoles atribuciones para servir de medio de comunicación entre los propietarios y la entidad pública, participar en el estudio de la liquidación y otras similares que en ningún momento constituyen ejercicio de función pública; por el contrario, se trata de una función de contenido eminentemente particular

de representación y defensa de los derechos privados ante el ente público. Las tareas son de enlace, crítica y control de la comunidad, no de decisión o control público".-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es motivo de apelación la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia en cuanto aplicando indebidamente el artículo 62 de la Constitución Nacional, declaró la nulidad de los literales b), d), e), f), y h) del artículo 22 del Acuerdo No. 11 de 1981 expedido por la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá.-

Dispone la norma en los literales b, d, e, f, y h, anulados:

"ARTICULO 22 .- No podrán ser elegidos como representantes de los propietarios:"

"a).....

"b) Quienes estén inscritos como Contratistas en cualquiera de los Municipios del Area Metropolitana".-

"c).....

"d) Quienes tengan pleitos judiciales con el INVAL, en relación directa con la obra de que se trate ".-

"e) Quienes se encuentren en mora en el pago de contribución de valorización Metropolitana".-

"f) Los miembros de la Juntas Directivas de las entidades públicas existentes en el Arca Metropolitana".-

"g).....

"h) Quienes hayan sido representantes de los propietarios ante el INVAL por concepto de otra obra Metropolitana o Municipal en Medellín en el período comprendido dentro de los dos años inmediatamente anteriores.....".-

Dispone el artículo 62 de la Constitución Política:

"La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la constitución; las condiciones de ascenso y jubilación y

la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público".-

"El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascenso por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido...".-

Del contexto literal de la norma transcrita se deduce que efectivamente cuando el artículo remite a la ley la determinación de los casos de incompatibilidad de funciones, se refiere a la función pública ejercida por funcionario público o por particulares cuando eventualmente ejercen funciones públicas.-

Confirma este criterio la misma ubicación de la norma en el Título V de la Constitución Política denominado "DE LAS RAMAS DEL PODER PUBLICO Y DEL SERVICIO PUBLICO".-

Comparte la Sala el criterio de la Señora Fiscal Sexta, especialmente cuando afirma que la intervención de los representantes de los propietarios en el trámite administrativo para determinar la contribución de valorización, no implica el ejercicio de una función pública y que su carácter transitorio , como el interés privado que representan , riñe con el concepto contenido en los artículos 20 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, subrogado por el artículo 1o. del Decreto 3074 del mismo año y en especial con la noción de empleo que da el artículo 2o. del Decreto Extraordinario 1042 de 1978 conforme con el cual:

"Se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidas por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la Administración Pública...".-

La intervención de los propietarios a través de su representante en el trámite administrativo de la contribución de valorización, se encuentra señalada específicamente en el Artículo 22 de la Ley 1a. de 1943, conforme con el cual:

"En la organización que acuerden los Concejos Municipales al hacer uso de la atribución que se les ha conferido de organizar el impuesto de valorización , deberán darle intervención a los propietarios beneficiados en todo caso, en la formación del presupuesto de la obra , en la distribución del impuesto y facilitarles la vigilancia de la inversión de los fondos ".-

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Como se ve, esta participación la ejercen los propietarios en defensa de su interés privado, y no como función pública o de interés común.-

En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Antioquia, interpretó erróneamente el artículo 62 de la Constitución Política, al extenderlo a personas particulares que no ejercen funciones públicas , razón por la cual la sentencia apelada en cuanto declara la nulidad de los literales b), d), e), f), y h), del artículo 22 del Acuerdo no. 11 de 1981, expedido por la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá, anteriormente transcrito, deberá ser revocada .-

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. Revocase la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad de los literales b, d, e, f, y h, del artículo 22 del Acuerdo No. 11 de 1981 de la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá.-

2. Niéganse las restantes súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano; Presidente de la Sala, *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Carmelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T. Secretario.

COMPARACION DE PATRIMONIOS - Improcedencia. **PASIVO** - Rechazo

Aceptados los pasivos, desaparece la causa justificativa de la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios, por lo que resulta procedente calificar la renta por el sistema ordinario (Ejercicio fiscal de 1979).

VIOLACION del Decreto 2053 de 1974, artículos 74, 124 y 116 Decreto 187/75. Rechazo de pasivos . Renta por comparación de patrimonios.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD/ TERMINO- Suspensión

Si bien la acción de restablecimiento del derecho caduca a los 4 meses, debe tenerse en cuenta la suspensión de términos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Septiembre diez (10) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 2000 Actor : Inversiones Cifuentes, Hernández y Cía Ltda. IMPUESTOS. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad INVERSIONES CIFUENTES, HERNANDEZ Y CIA LTDA, contra la sentencia de septiembre 21 de 1987, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró caducada la acción de restablecimiento del derecho propuesta por la contribuyente contra el acto administrativo de determinación del impuesto de renta por el año gravable de 1979.-

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó oportunamente la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1979, en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y declaró pasivos a cargo por valor de $19.577.253.-

La administración de Impuestos, previo requerimiento, procedió mediante liquidación de revisión a determinar la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios , como consecuencia del desconocimiento del pasivo solicitado y le fijó un mayor valor de impuestos en cuantía de $3.905.983.-

En desacuerdo con la liquidación anterior la sociedad interpuso los recursos pertinentes por la vía gubernativa y obtuvo reconocimiento parcial a sus pretensiones, pues la Administración, mediante Resolución 01290 de fecha diciembre 26 de 1984, notificada el 9 de enero de 1985, y con la cual se agotó la vía gubernativa, le admitió pasivos por cuantía de $12.065.000.-

Inconforme con la actuación gubernativas, la contribuyente acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.-

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acogiendo el concepto fiscal, consideró que la acción de restablecimiento del derecho ya había caducado cuando el contribuyente presentó su memorial de demanda, por haber precluído el término de cuatro meses señalado para el efecto, en el artículo 136, inciso 2o. del decreto 01 de 1984.-

En consecuencia declaró prescrita la acción y se inhibió para fallar de fondo.-

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad objeta la apreciación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al estimar que de acuerdo con la ley, cuando un término vence en día inhábil , él mismo se prorroga hasta el día hábil siguiente, conforme con lo dispuesto por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal. Que el día 11, fue inhábil porque en el Tribunal de Cundinamarca , Sección Segunda, no corrieron términos del 3 al 10 de mayo de 1985 , y que así se lo hizo saber el Secretario de la Sección al Magistrado conductor del proceso.-

Pide entonces que se revoque la sentencia y se conozca de fondo de las peticiones de la demanda.-

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación, no comparte la decisión inhibitoria del Tribunal en razón de que obra dentro del mismo proceso la constancia secretarial sobre la suspensión de términos en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, y conceptúa que el negocio debe estudiarse de fondo.-

Con relación a los puntos centrales de la discusión , observa :

1.- Que no hay extemporaneidad en la providencia que agotó la vía gubernativa, porque el término del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 , sólo se cuenta desde el momento de la interposición del recurso con el lleno de las formalidades legales.-

2 .- Considera que si bien la contribuyente no comprobó oportunamente los pasivos con ocasión del requerimiento, podía probar posteriormente como en efecto lo hizo, con prueba contable, siendo suficiente de acuerdo con el artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, la certificación del contador público o del revisor fiscal.-

3 .- Estima que no es procedente el rechazo de costos y deducciones planteado en el requerimiento para la determinación de la renta por el sistema ordinario, por estar éstos contabilizados y respaldados por comprobantes externos y certificados por contador público.-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que asiste razón al apelante, porque si bien de acuerdo con lo establecido en el articulo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de restablecimiento del derecho caduca a los cuatro meses, contados, en este caso, a partir de la notificación de la resolución que agotó la vía

gubernativa, esto es, desde el 9 de diciembre de 1985, el plazo señalado en la ley vencía inicialmente el 10 de mayo de 1985, de no haber mediado suspensión de términos. Pero, como a folio 86 del cuaderno principal consta que efectivamente el mismo Tribunal-Sección Segunda, acordó , en Sala de mayo dos (2) de 1985 , suspensión de términos desde el tres al diez de mayo del mismo año, es indudable que el término para el contribuyente se prorrogó hasta el día hábil siguiente, esto es, hasta el 11 de mayo de 1985, fecha en la cual aparece radicada la demanda.-

Por esta razón la sentencia apelada, en cuanto declara la caducidad de la acción debe ser revocada y procede el estudio de fondo de las peticiones de la demanda , así :

a) Violación del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970.

Manifiesta el contribuyente que el fallo que agotó la vía gubernativa no se produjo dentro del término de los dos años, que para efecto prevé el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 , en razón de que interpuesto el recurso el día 27 de septiembre de 1982, la resolución que lo falló efectivamente, sólo se notificó el 9 de enero de 1985 .-

Para la Sala, no asiste razón en este punto al apelante, toda vez que el artículo debe interpretarse armónicamente con el 55 de la Ley 52 de 1977, conforme al cual, el término para fallar el recurso, se cuenta desde el momento de su interposición con el lleno de las formalidades exigidas en la ley .-

Obra a folio 076 del cuaderno de antecedentes el auto 10123 de diciembre 2 de 1982, de la Administración de Impuestos Nacionales, mediante el cual se ordena al contribuyente cumplir con el requisito de pago previo, exigido por el artículo 54 de la ley 52 de 1977 , dentro del término de diez días.-

Mediante oficio 001700 de enero 26 de 1983 , el contribuyente allega lo solicitado, y sólo hasta esta fecha cumple con la totalidad de los requisitos de la ley, para entender interpuesto legalmente el recurso . Como la providencia que agotó la vía gubernativa aparece calendada el 9 de enero de 1985 , no existe la menor duda de que se produjo dentro del término de los dos años, previsto en el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 . En consecuencia, no prospera el cargo.-

b). VIOLACION del Decreto 2053 de 1974 , artículos 74 y 124, y 116 Decreto 187/75 . Rechazo de pasivos.- Renta por comparación de patrimonios.-

Dice el recurrente que el acto administrativo de liquidación viola las normas citadas en cuanto desconoce que para la aceptación de los pasivos basta al contribuyente identificar en su declaración de renta a los acreedores,

requisito que cumplió la sociedad y que al rechazar los pasivos se determina la renta por comparación de patrimonios con expresa violación del artículo 1116 del Decreto 187 de 1975 .-

Si bien el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974 , establece los requisitos que debe cumplir el contribuyente en su declaración tributaria , para la aceptación de los pasivos, ello en manera alguna puede entenderse en el sentido de que por no cumplir el contribuyente con los mencionados requisitos, la Administración pierda su facultad de investigación. Por el contrario, en ejercicio de esta facultad puede la administración exigir la comprobación de pasivos carga que incumbe al contribuyente por los medios de pruebas legales y si no prueba el pasivo la Administración debe proceder a su desconocimiento. Esto en el caso de que el contribuyente omita los requisitos del art. 124 del Dcto 2053 de 1.974.-

Igualmente, si como consecuencia del rechazo, se incrementa el patrimonio líquido del ejercicio gravable de tal manera que no se justifique con el valor de las rentas declaradas, es procedente, previos los ajustes del caso, la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios conforme con los artículos 74 del Decreto 2053 de 1974 y 116 del Decreto 187 de 1975.-

Cuestión distinta es el hecho de que existiendo la comprobación de los pasivos, se desconozca su prueba. - En efecto, se observa que el contribuyente presentó ante la Administración de Impuestos, además, constancias de los acreedores y copia auténtica de escritura pública sobre cancelación de obligaciones hipotecarias a cargo de la compañía por el año en mención, certificación expedida por contador público en la que consta que la sociedad tiene sus libros registrados, que lleva su contabilidad conforme con las disposiciones legales, que los pasivos están contabilizados y respaldados los asientos con comprobantes contables, prueba que es procedente aceptarla conforme con lo establecido por los artículos 68 del Código del Comercio, 40 del Decreto 2821 de 1974 y 98 de la ley 9a. de 1.983. Por lo tanto, en esta oportunidad se admite la existencia de los pasivos por haber sido comprobados conforme con las normas vigentes, como debió hacerlo la Administración.-

Aceptados los pasivos, desaparece la causa justificativa de la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios, por lo que resulta procedente entrar a calificar la renta por el sistema ordinario.- Para tal efecto, encuentra la Sala en que el requerimiento inicial se formuló el rechazo de costos y deducciones en cuantía de $1.647.212 y $609.012., respectivamente cuya realidad está demostrada con la prueba contable aportada en la vía gubernativa. No asiste razón entonces, para modificar la liquidación privada de la sociedad contribuyente.-

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

FALLA :

1.- REVOCASE LA SENTENCIA APELADA.-

2.- ANULASE la Liquidación de Revisión No. 101977 de julio 27 de 1982; Resolución No. A-000656-P de 17 de abril de 1974 y la Resolución No. R- 01290-H del 28 de diciembre de 1984.-

3.- DECLARESE en firme la liquidación privada que bajo el número de radicación 0406 de fecha 21 de abril de 1980, presentó la sociedad INVERSIONES CIFUENTES, HERNANDEZ Y CIA. LIMITADA, NIT: #60.048.310 para el año gravable de 1979.-

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.-

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente*;*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

El fin perseguido por el legislador al reglamentar la suspensión provisional de los actos administrativos que autoriza la Constitución Nacional en el artículo 193, es que no se siga produciendo el efecto perturbador de la normalidad jurídica generado por el acto administrativo ilegal; en consecuencia, no hay lugar a decretarla en los casos en que tales efectos hayan cesado de producirse, porque el fin perseguido no se produciría.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 9º del Acuerdo 19 de diciembre 9/87 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 2834. Actor: Marco Aurelio Cabezas C. C/ D. E. de Bogotá. Apelación Interlocutorios Auto.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, contra el auto de 27 de mayo de 1.988, en cuanto decretó la suspensión provisional del artículo 9o. del Acuerdo No. 19 de 9 de diciembre de 1.987, del H. Concejo del Distrito Especial de Bogotá, que el Tribunal suspendió bajo la siguiente consideración:

"El memorialista invoca como transgredidos los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional, por cuanto el Concejo de Bogotá no está facultado para imponer contribuciones, impuestos, esta facultad es sólo de la Ley, del Congreso de la República y este organismo no ha expedido ley alguna autorizando al Concejo para que cree tributos dirigidos a sólo un sector de la comunidad".-

"Los artículos de la Carta invocados como transgredidos por el demandante, disponen que en tiempo de paz sólo el Congreso, las Asambleas y los Concejos pueden establecer contribuciones y además, el artículo 197 condiciona la potestad de los Concejos Municipales para imponer contribuciones a los límites que fijen la Constitución , la Ley, y las Ordenanzas. Ahora bien, de la simple, sencilla y directa comparación de la norma acusada, Artículo 9o. del Acuerdo 19 de 1.987, con las normas indicadas como transgredidas, surge nítidamente que la corporación edilicia, sabiendo que tiene una facultad impositiva limitada, ha creado un tributo sin existir la base legal que lo faculte para ello, ya que el artículo 197 de la Carta, sólo permite a los Concejos Municipales votar los impuestos dentro de los límites que establezca la Constitución y la Ley. "Por consiguiente, para la Sala existe una manifiesta violación de las normas constitucionales invocadas como transgredidas y por ello habrá de suspender provisionalmente el artículo 9o. del Acuerdo No. 19 de 1.987".-

Oportunamente la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá (fls. 48 a 52) interpuso y fundamentó en el mismo escrito recurso de apelación. En su escrito la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, expresa que no se pronuncia sobre las razones aducidas por el Tribunal sobre la manifiesta violación de norma superior de derecho, que se invocó como transgredida porque la norma demandada fue expresamente derogada por el artículo 5o. del Acuerdo No. 4 de mayo 5 de 1.988, expedido por la misma Corporación y cuya copia auténtica acompaña al escrito.-

SE CONSIDERA

El fin perseguido por el legislador al reglamentar la suspensión provisional de los actos administrativos que autoriza la Constitución Nacional en el artículo 193, es que no se siga produciendo el efecto perturbador de la normalidad jurídica generado por el acto administrativo ilegal; en consecuencia, no hay lugar a decretarla en los casos en que tales efectos hayan cesado de producirse, porque el fin perseguido no se produciría.-

Sin embargo, la Sala observa que el artículo 5º del Acuerdo No. 4 de 1.988, fue suspendido provisionalmente por auto de esta misma Sala de fecha veintitrés (23) de febrero del año en curso.

Por lo expuesto, la Sala revocará la suspensión provisional del artículo 9o. del Acuerdo de nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).-

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

RESUELVE:

Revócase la suspensión provisional del artículo 9o. del Acuerdo No. 19 de 9 de diciembre de 1.987, originario del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.-

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente de la Sala*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T., Secretario

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia. **SUSTRACCION DE MATERIA** (Salvamento de voto)

Es evidente que, independientemente de que la suspensión provisional decretada y ahora objeto de súplica, se considere o no ajustada a derecho, por efectos de la derogatoria del acto suspendido, el que dicha medida se mantenga o se revoque carece de objeto por cuanto el acto acusado no se encuentra vigente y en consecuencia no es hábil para producir efectos y como no está la Sala realizando el juzgamiento de legalidad del acto administrativo con miras a proferir sentencia, sino desatando un recuso de apelación sobre la suspensión provisional de un acto, que por razón de la derogatoria ha dejado de serlo, el proveído ha debido ser inhibitorio por entera carencia de objeto.

SALVEDAD DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Ref: Expediente No. 2834 Actor: Marco Aurelio Cabezas

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de los Consejeros integrantes de la Sección Cuarta me permito exponer a continuación las consideraciones que me llevaron a disentir de la providencia mediante la cual la Sala resolvió revocar el auto del a-quo por el cual se había decretado la suspensión provisional del artículo 9º del Acuerdo No. 19 de diciembre 9 de 1987, del Concejo Distrital de Bogotá:

El objeto de la apelación formulada por el Distrito Especial es lograr la revocación del auto referido en cuanto decretó la suspensión provisional de la norma demandada.

El Tribunal suspendió el artículo 9º del Acuerdo No. 19 de 1987 del Concejo Distrital de Bogotá por cuanto consideró en el auto recurrido que causaba manifiesta violación a los artículos 43 y 197 de la Carta Política ya que tales artículos, "invocados como transgredidos por el demandante disponen que en tiempo de paz sólo el Congreso, las Asambleas y los Concejos pueden establecer contribuciones y además, el artículo 197 condiciona la potestad de los concejos municipales para imponer contribuciones a los límites que fijen la constitución, la ley y las ordenanzas. Ahora bien, de la simple, sencilla y directa comparación de la norma acusada artículo 9º del Acuerdo 19 de 1987, con las normas indicadas como transgredidas, surge nítidamente, que la Corporación edilicia, sabiendo que tiene una facultad impositiva limitada, ha creado un tributo sin existir la base legal que lo faculte para ello, ya que el artículo 197 de la Carta, sólo permite a los concejos municipales votar los impuestos dentro de los límites que establezca la Constitución y la ley."

El recurso de apelación se fundamenta y se limita a señalar que el auto recurrido debe ser revocado por cuanto recayó la suspensión decretada sobre un acto administrativo que fue expresamente derogado. Afirma la parte apelante:

> "... no me pronuncio respecto a las razones aducidas por la Sala para endilgarle manifiesta violación de las normas constitucionales invocadas como transgredidas, como quiera que la norma demandada y sobre la cual recae esta medida cautelar FUE DEROGADA EXPRESAMENTE por el acuerdo No. 4 de mayo 5 de 1988 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, cuya copia auténtica acompaño en este escrito. Esta es la razón única que esgrimo para solicitar se revoque la medida en cuestión, toda vez que el acto receptor de dicha medida ha sido quitado de la vida jurídica y por ende no tiene materia u objeto sobre qué trabajar el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo."

Se observa que el auto apelado se profirió el día 27 de mayo de 1988 y que recae sobre el artículo 9º del Acuerdo No. 19 de 1987, el cual fue expedido por el Concejo Distrital de Bogotá el día 9 de diciembre de dicho año, objeto de la demanda de nulidad que da origen a este proceso. Además, que al momento de proferirse el acto impugnado no era conocida personalmente la existencia de norma derogatoria alguna, como la contenida en el artículo 5º del Acuerdo No. 4 de 1988 (Mayo 5), también del Concejo Distrital de Bogotá.

Como de conformidad con lo preceptuado por el artículo 188 del C. de P. C., las normas jurídicas de alcance no nacional deben aducirse al proceso para que su invocación sea válida, y en el caso *sub-lite* ello no ocurrió con el Acuerdo No. 4 de 1988 citado, se produjo el fenómeno de que el Tribunal no tuviera conocimiento de la supuesta derogación del artículo 9º acusado, producida probablemente el 5 de mayo de 1988. Empero, tal conocimiento

no era obligatorio para el Tribunal en virtud del alcance no nacional de las normas referidas. De otra parte, y si bien es cierto que el artículo 5º del Acuerdo No. 4 de 1988 establece que la derogatoria y en general lo que en él se dispone, rige "a partir de la fecha de su expedición" (es decir, a partir del 5 de mayo de 1988), también lo es que por disposición expresa de la Ley 57 de 1985, los actos de contenido general, y éste lo es, sólo pueden comenzar a regir después de su publicación en el medio oficial competente. No hay constancia en el expediente de que la publicación se hubiera producido antes de la fecha del auto apelado y mucho menos como atrás se dijo, que el Tribunal la hubiera conocido.

No obstante, es evidente que, independientemente de que la suspensión provisional decretada y ahora objeto de súplica, se considere o no ajustada a derecho, por efectos de la derogatoria del acto suspendido, el que dicha medida se mantenga o se revoque carece de objeto por cuanto el acto acusado no se encuentra vigente y en consecuencia no es hábil para producir efectos y como no está la Sala realizando el juzgamiento de legalidad del acto administrativo con miras a proferir sentencia, sino desatando un recurso de apelación sobre la suspensión provisional de un acto, que por razón de la derogatoria ha dejado de serlo, el proveído ha debido ser inhibitorio por entera carencia de objeto.

GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

EXPORTACIONES. EXENCION TRIBUTARIA. DEROGATORIA TACITA - Inexistencia

El artículo 169 del Decreto 444 de 1967 no es incompatible con el 54 del Acto Legislativo número 1 de 1968 (artículo 183 C.N.), ni la contraviene. El artículo 169 no ha sido derogado por disposición expresa, y tampoco existe norma posterior que haya regulado íntegramente el fomento de las exportaciones, ni contraviene el contenido del artículo 54 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que protege los derechos e impuestos existentes en los departamentos y municipios, no puede admitirse su derogatoria tácita.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 0385 Actor :Industria de Artículos de Madera "IMA" C/ D.E. de Bogotá Asuntos Municipales (Reconstrucción) Fallo

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de febrero de 1.983 que accedió a las súplicas de la demanda y consideró "no sujeto del impuesto de Industria y Comercio sobre sus exportaciones, a la sociedad-IMA-INDUSTRIA DE ARTICULOS DE

MADERA S.A. El expediente fue reconstruído mediante auto del 30 de junio de 1.987.-

1. ANTECEDENTES

La Sociedad "IMA"-INDUSTRIA DE ARTICULOS DE MADERA S.A. solicitó en 1.972 a la Junta Distrital de Hacienda, el reconocimiento de la exención de impuesto de Industria y Comercio para sus exportaciones, por exigirlo así el Acuerdo No. 60 de 1.962 que facultaba a los contribuyentes de dicho impuesto para deducir de sus ventas el monto de sus exportaciones. Dicho Acuerdo fue derogado por el 10 de 1.974, no obstante lo cual "el Distrito continúa obligando a obtener ese reconocimiento de la exención por parte de la Junta Distrital de Hacienda".

Para tales efectos la citada Junta dictó, con fundamento en las leyes 29 de 1963; 26 de 1904; 20 de 1946 y Decreto 84 de 1964 la Resolución No. 2474 de 1973 que reconoció la exención pedida.-

Anualmente por exigencia de la División de Impuestos, la actora solicitaba la ratificación de la Resolución con el fin de comprobar la vigencia de la exención. Al ser solicitada la precitada ratificación en marzo 15 de 1977, fue negada por Resolución No. 1.062 del 7 de marzo de 1.978, que canceló la Resolución No. 2474 de 1973 y negó la ratificación solicitada.-

Interpuesto el recurso de reposición contra la citada providencia, la Junta Distrital de Hacienda confirmó la anterior por medio de providencia No. 227 calendada el 18 de enero de 1979.-

2. LA SENTENCIA APELADA

Transcribe los artículos 1º de la Ley 29 de 1963, que faculta a los Concejos Municipales para decretar exenciones y exoneraciones de los impuestos o contribuciones sobre los bienes y rentas que son de su exclusiva propiedad conforme a los artículos 183 y 197 de la Constitución Nacional; el artículo 169 del Decreto 444 de 1967, que prohibe a los Departamentos y Municipios establecer gravámenes sobre las exportaciones y sobre el tránsito de producción destinados a ésta, y el artículo 183 de la Carta que otorga a los bienes y rentas de las entidades territoriales los mismos derechos y garantías de los particulares y la prohibición de conceder exenciones respecto a los derechos e impuestos de tales entidades.-

Expresa que la norma constitucional sienta el principio de que el Gobierno Nacional no puede conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de las entidades territoriales lo cual indica que la atribución de conceder exenciones está en cabeza de los entes con potestad tributaria, materia bien diferente de la contenida en el artículo 169 del Decreto 444 de 1.967 referente

a la prohibición de establecer gravámenes a las exportaciones por parte de los Departamentos y Municipios. El artículo 183 de la Carta Fundamental mira al principio de la legalidad del gravamen prohibiendo al Gobierno concederlas o decretarlas y el artículo 169 del Decreto 444 de 1967, prohibe a los entes territoriales gravar las exportaciones. Y agrega: (fl. 107) "No pugna lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución con lo reglado en el artículo 169 del Estatuto Legal 444 de 1967 y pueden conciliarse, por lo cual no se dan los extremos de la derogación tácita de las leyes según el artículo 71 del Código Civil" de lo anterior concluye la violación manifiesta del artículo 169 del Decreto 444 de 1.967 por las resoluciones demandadas la cual llevó al *a-quo* a declarar su nulidad y ordenó devolverle a la demandante "los impuestos de Industria y Comercio que hubiese pagado por exportaciones a partir de la fecha de presentación de la demanda, más lo intereses a que hubiere lugar".-

3.- LA APELACION

El Distrito Especial, mediante apoderado argumenta que los actos demandados se apoyan en el artículo 24 del Acuerdo No. 8 de 1974 que autorizó a la Junta Distrital de Hacienda, para ordenar la ratificación de las exenciones reconocidas, "cuando la controversia así lo exija, a fin de que los beneficiados demuestren el cumplimiento de los requisitos que las asignaron". Manifiesta que la exención reconocida por la Resolución No. 2474 de 1973 a partir del 1º de enero de 1970, lo fue conforme al artículo 169 del Decreto 444 de 1.967, el cual quedó tácitamente derogado por el artículo 54 del acto legislativo No. 1 de 1968 reformatorio del artículo 183 de la Constitución Nacional en cuanto prohibe al Gobierno Nacional la concesión de exenciones respecto de derechos o impuestos de los Departamentos y Municipios, apoyándose para ello en doctrina de la Corte que consiste "en sentar que cuando la norma constitucional veda al Gobierno Nacional" para establecer exenciones sobre impuestos Departamentales o Municipales se está refiriendo también al Congreso, a la Ley, "pues de otra parte éste quedaría con libertad de proceder contra el texto del artículo 183, dando a los bienes y renta de los Departamentos y Municipios un tratamiento incompatible con la autonomía que les ha sido reconocida". Se apoya así mismo la recurrente en el Acuerdo No. 9 de 1.973 que "estableció que la Junta Distrital de Hacienda no puede reconocer exenciones que no hayan sido decretadas por el Honorable Concejo de Bogotá" y que "como en ningún Acuerdo se ha establecido que se reconozca lo dispuesto por el artículo 169 del Decreto 444 de 1.967 el cual se encuentra derogado tácitamente por el artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1.968, se considera que no existen mas exenciones que las establecidas por la Ley 29 de 1963, norma que enumera taxativamente las vigentes entre ellas, no se encuentra la exención de exportación" (fls. 112 a 124).-

4.- EL MINISTERIO PUBLICO

Analiza dos puntos fundamentales a saber; a) Determinar si como considera el Distrito Especial el Acto Legislativo No. 1 de 1.968, artículo

54, derogó tácitamente el artículo 169 del Decreto Ley 444 de 1.967; y, b) Si vigente dicha norma es aplicable al Impuesto de Industria y Comercio. Hace un estudio de los temas sobresalientes del citado Decreto en el cual contempla el régimen especial sobre cambios internacionales y comercio exterior. El sano equilibrio cambiario que permite la concentración adecuada de reservas en el Banco de la República al cual debe reintegrarse el producto de las exportaciones y venderse las divisas adquiridas, igual que de establecer el comercio monopolizado del oro. La restricción de pagos al exterior sobre importaciones con el fin de equilibrar la balanza de pagos. La simplificación del sistema cambiario mediante el mercado de cambios y el mercado de capitales con realizaciones de transacciones a través del Banco de la República y demás bancos autorizados.-

Considera que "con el propósito de fomentar las exportaciones colombianas indispensables para percibir divisas foráneas el Decreto recoge multitud de normas para protegerlas, buscando un equilibrio más correcto, que auspicie oportunidades de desarrollo, que era y sigue siendo un imperativo absoluto. Esa es, por consiguiente, la razón del artículo 169 del Decreto Ley- 444 de 1.967 .....".-

Surge de lo anterior que el decreto mencionado no crea una exención, sino una prohibición a los Departamentos y a los Municipios para establecer gravámenes bien sobre la exportación o respecto al tránsito de productos destinados a ésta. Expresa que los Departamentos y los Municipios pueden establecer impuestos con el obvio soporte legal, pues los artículos 187 y 197 de la Constitución son tan nítidos en su inteligencia, que no necesitan mayores lucubraciones". El artículo 183 no impide al legislador establecer prohibiciones a los actos por medio de los cuales las asambleas y los consejos organizan sus impuestos, la renta y el manejo de sus bienes, pero si señaló exenciones sobre los impuestos existentes o sobre los que existan en el futuro, "y no es lo mismo *una prohibición que una exención.* La prohibición es genérica; *la exención es concreta, para casos específicos*".-

Concluye su razonamiento expresando que el artículo 169 del Decreto 444 de 1967 no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente por el artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1.968, porque aquel trata sobre prohibiciones y éste se refiere a las exenciones que no pueden ser creadas por los órganos nacionales con sacrificio de los fiscos seccionales.-

Con fundamento en que el impuesto de Industria y Comercio grava actividades industriales, comerciales y de servicios con ánimo de lucro que se ejerzan en Bogotá, pero no las exportaciones, las materias primas en tránsito que se destinen a la fabricación de bienes exentos y no siendo el objeto del tributo mercadería o bien alguno no queda comprendido dentro de la prohibición a que se refiere el artículo 169 del Decreto Ley 444 de 1.967.-

No obstante la confusión existente en la resolución que canceló la exención que había sido concedida a la actora, pues entremezcla raciocinios entre los que debe entenderse por prohibición-Decreto 444 de 1.967, artículo 169, y lo que debe entenderse por exención de él, el Fiscal no encuentra que se haya violado las normas acusadas como tales.-

Tampoco encuentra quebrantado el artículo 26 de la Constitución Nacional pues la actora no fue juzgada por leyes inexistentes al momento de establecer su situación. La circunstancia de cancelarle una exención otorgada condicionalmente con base en un supuesto legal no le está imponiendo pena alguna sino que la priva de una exención. No se viola el artículo 30 de la Constitución Nacional, sobre los derechos adquiridos, porque para que éstos existan, se necesita un justo título y el haber otorgado la exención, con fundamento en una prohibición creyendo tratarse de una exención no configura quebranto a dicha norma. Y como el acto demandado no se inmiscuye en cuestiones que obstruyan el comercio exterior (Art. 76 nums 14 y 22), porque el impuesto de Industria y Comercio grava actividades o establecimientos y no producción o mercancías, no puede violar la norma mencionada. A igual conclusión se llega en cuanto al artículo 169 del Decreto 444 de 1.967 que se refiere a la prohibición de gravar exportaciones, no a exenciones sobre Industria y Comercio, que son concedidas por la Junta Distrital de Hacienda previa autorización del Concejo, que no ha sido dada para este caso.-

Concluye diciendo que "exencionar es liberar de una obligación que existe; prohibir es impedir que surja el tributo".-

En tales condiciones pide que se revoque la sentencia apelada y se denieguen las súplicas de la demanda.-

5.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Fundamenta la apelante su recurso en la derogatoria tácita del artículo 169 del Decreto 444 de 1.967 por el artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1968.-

La Sala con el fin de precisar el hecho de la derogatoria alegada, procede a transcribir las normas supuestamente enfrentadas, no sin antes manifestar que el Decreto 0444 de 1.967, dictado por el Gobierno en virtud de precisas facultades extraordinarias conferidas por la Ley 6a. de 1.967, fijó su objetivo en su artículo 1º, al disponer:

> "El régimen de cambios internacionales y de comercio exterior que este decreto establece tiene por objeto *promover el desarrollo económico* y social y el equilibrio cambiario a través de los siguientes medios:
>
> "a) *-Fomento y diversificación de las exportaciones*;

"b)-Aprovechamiento adecuado de las divisas disponibles;

"c)-Control sobre la demanda de cambio exterior, particularmente para prevenir la fuga de capitales y las operaciones especulativas;

"d)-Estímulo a la inversión de capitales extranjeros en armonía con los intereses generales de la economía nacional;

"e)-Repatriación de capitales y reglamentación de las inversiones colombianas en el exterior, y,

"f)-Logro y mantenimiento de un nivel de reservas suficiente para el manejo normal de los cambios internacionales.-

"Parágrafo: Las disposiciones del presente estatuto se interpretarán de conformidad con este artículo".-(Subraya la Sala).-

Para lograr el objetivo propuesto en el literal a), el Capítulo X del Decreto, estableció los estímulos a las exportaciones y consagró expresamente en el artículo 169, la prohibición absoluta y tajante a los Departamentos y Municipios de gravar en forma alguna la exportación o el tránsito de los bienes destinados a ella. Dice así la norma:

Art. 169.- "Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación, ni sobre el tránsito de productos destinados a esta".-

Por su parte el Acto Legislativo No. 1 de 1.968, hoy artículo 183 de la Constitución Nacional, dispuso en su artículo 54:

"Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismo términos en que lo sea la propiedad privada. El gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos e impuestos de tales entidades".-

El contexto literal de las normas transcritas permite establecer que mientras el artículo 169 del Decreto 0444 de 1.967, busca el desarrollo económico del país a través del fomento de las exportaciones y con el fin de hacer competitivos los precios de los productos nacionales en el mercado internacional, prohibe tajantemente que los Municipios y Departamentos les impongan gravamen, evitando así, que los impuestos que internamente graven las mercancías o su tránsito, hagan nugatorio el objetivo propuesto.-

Esta es una cuestión muy diferente a la protección que otorga el artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1.968, a los bienes y rentas propias de cada Departamento o Municipio, prohibiendo al Gobierno conceder exenciones sobre sus derechos e impuestos que por ley les pertenezcan.

En manera alguna puede pretenderse como lo hace la recurrente, que la norma esté protegiendo derechos o impuestos existentes, dada la absoluta imposibilidad jurídica de su existencia en virtud de la expresa prohibición del gravamen impuesta por el artículo 169 del Decreto 444 de 1.967, preexistente al acto legislativo.-

Tampoco el artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1.968, contiene, ni puede deducirse de su texto, una autorización para que los Municipios y Departamentos graven hechos económicos cuya imposición está expresamente prohibida en la ley por razones de orden económico y social del país. La norma contiene la expresa prohibición al Gobierno Nacional de exonerar los derechos e impuestos ya establecidos y existentes y cuyos titulares sean las entidades territoriales.-

Para que exista o se dé la prohibición de exonerar, el Gobierno debe partir del supuesto lógico de la existencia previa del gravamen, pues no puede exencionarse lo que no está gravado, por existir expresa disposición que lo impide o prohibe.-

En este orden de ideas del artículo 169 del Decreto 0444 de 1.967 no es incompatible con el 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1.968, ni lo contraviene.

Ahora bien, dispone la Ley 153 de 1.887, en su artículo 3º :

"Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refiera".-

Como en el caso *Sub-Lite* el artículo 169 del Decreto 444 de 1.967, no ha sido derogado por disposición expresa, y tampoco existe norma posterior que haya regulado íntegramente el fomento de las exportaciones, ni contraviene el contenido del artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1.968, que protege los derechos e impuestos existentes en los Departamentos y Municipios, no pueden admitirse su derogatoria tácita.-

Por lo expuesto la Sala estima que no existe mérito para revocar la sentencia apelada.-

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:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase,

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

APORTES PARAFISCALES. COSTO. DEDUCCION. COSTO DIFERIDO

Bien sea que el gasto, imputable como costo o como deducción se solicite dentro del ejercicio en el cual se realiza, o bien que se active y difiera para solicitarlo en ejercicios fiscales posteriores, es imperativo, conforme al artículo 55 del Decreto 2053/74, parágrafo, que se acredite el pago de las contribuciones parafiscales entre las cuales se encuentra el pago al SENA.

LIQUIDACION DE REVISION-Término

La suspensión del término opera por imperativo legal, tanto para el contribuyente como para la Administración y no puede pretenderse que la renuncia del contribuyente al término, o parte del término de tres meses que otorga la ley, para contestar el requerimiento, levante la suspensión establecida en la ley y obligue a la administración a la renuncia del mismo. Si la administración hizo uso entonces, del término de dos años para practicar la liquidación acatando la suspensión del mismo, durante el plazo de los tres meses otorgados al contribuyente, para contestar el requerimiento, no violó la ley ni la liquidación de revisión fue extemporánea.

PAGO A TERCEROS-Rechazo.

Para la aceptación de deducciones por concepto de pagos a terceros, era necesario que el contribuyente, además de haber efectuado el pago, teniendo en cuenta el concepto de realización del art. 16-2 del D. 2053/74, identificará en su declaración de renta con indicación de nombres y apellidos y número de identificación tributaria o cédula,

a los beneficiarios de los mismos, como el monto de lo pagado o abonado a cada beneficiario. Como la sociedad contribuyente, allegó al proceso las certificaciones de la Cámara de Comercio sobre la inscripción de los libros de contabilidad, del contador público acerca de la realidad contable y soportes externos sobre los costos discutidos, así como la relación de los asientos de diario, comprobantes de giro de cheques y facturas pagadas, los pagos a terceros deben aceptarse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., *Veintiuno* (21) *Septiembre* de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. 2395. Actor : Bradford & Rodríguez Ltda; Ramón Bradford Herrera, y Hernando Rodríguez (Acumulados).- Apelación de la sentencia de Julio 16 de 1.988 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.- Impuesto sobre la renta 1.979.- Fallo -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Bradford & Rodríguez Ltda-, su socio Ramón Bradford y el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra la sentencia de Julio 16 de 1.988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al fallar la acción contenciosa de restablecimiento del derecho intentada contra el acto administrativo que les determinó el impuesto de renta a cargo, por el año gravable de 1979 (Procesos acumulados).

I - ANTECEDENTES.

1. DE LA SOCIEDAD.

1.1- La sociedad Bradford Rodríguez y Cía ltda, presentó su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1.979 y se determinó privadamente un impuesto a cargo en cuantía de $113.624.

1.2. - En ejercicio de la facultad conferida por el artículo 42 de la Ley 52 de 1.977, la Administración de Impuestos al encontrar que se habían pagado salarios, presuntamente, en exceso del monto sobre el cual se efectuaron los aportes al Sena, según certificado que sobre los mismos acompañó la misma sociedad, procedió, previo requerimiento, a desconocer costos proporcionales, activados en la declaración de renta de 1.978 correspondiente a los diferidos de la Obra "Santa Barbara" en cuantía de $27.532.837., con ocasión de la entrega de la obra o liquidación del contrato, y la suma de

$27.913.675 solicitada como gastos por el mismo concepto por la vigencia fiscal de 1.979, equivalente al 25% de las inversiones realizadas, por falta de aporte al Sena.

Propuso así mismo, el rechazo de pagos a terceros por valor de $3.622.718 en razón de que la sociedad no los identificó con su número tributario correspondiente como se lo exigía la ley.

1.3 - Como consecuencia de la liquidación de revisión practicada, se determinó un mayor valor por concepto de impuesto de renta en cuantía de $1.194.889.

1.4 - Inconforme la sociedad, interpuso recurso de reconsideración ante la Administración, la cual ante los argumentos y el acervo probatorio presentado por el recurrente, reconoció, mediante Resolución 000772 de Mayo 21 de 1.984, deducciones adicionales por valor de $3.085.809, y fijó en $691.351 el impuesto de renta y complementarios a cargo, para el año de 1.979. Providencia que consultada, fue aprobada mediante Resolución 00535 de Julio 16 de 1.984, con la cual se agotó la vía gubernativa.

1.5 - Inconforme la sociedad, acudió en demanda de restablecimiento del Derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual anuló los actos acusados, practicó una nueva liquidación fijando a la sociedad un impuesto a cargo por valor de $674.612, providencia que es recurrida por los intervinientes en el proceso.

2 - DE LOS SOCIOS.

Como consecuencia de la práctica de la liquidación de revisión a la sociedad, y de la incidencia que el aumento de la renta gravable tuvo en la participación de los socios, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, procedió igualmente a practicar liquidación de revisión a los socios: Ramón Bradford Herrera y Hernando Rodríguez Delgado, quienes una vez agotada la vía gubernativa acudieron en acción de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa, solicitando:

2.1 - RAMON BRADFORD :

2.1.1. - La nulidad de la liquidación por violación de los artículos 47 de la Ley 52 de 1.977 y 38 del Decreto 3803 de 1.982.

2.1.2. - Subsidiariamente solicita la práctica de una nueva liquidación, con base en la nueva participación que como consecuencia del fallo, le corresponda en la sociedad.

2.2. - HERNANDO RODRIGUEZ DELGADO.

2.2.1. - Solicita la nulidad por haberse producido el acto administrativo extemporáneamente , sin tener en cuenta la renuncia a términos hecha por el contribuyente.

2.2.2 - Subsidiariamente solicita la práctica de una nueva liquidación como consecuencia del fallo que se produzca en la sociedad.

II - LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, previa solicitud de los interesados, decretó la acumulación de procesos y los falló mediante sentencia de Julio 16 de 1.988, considerando:

1. - PARA LA SOCIEDAD.

1.1 - Con relación al cargo de nulidad por violación del artículo 43 de la Ley 52 de 1.977, no procedía por no haberse alegado dentro de la oportunidad procesal señalada por el artículo 56 de la misma Ley.

Con relación al silencio administrativo alegado:

Que no era procedente el cargo de violación del artículo 38 del Decreto 3803 de 1.982, invocando en la demanda porque las autoridades administrativas sí le dieron aplicación a dicho artículo, referente a la notificación personal y por edicto, dentro de los términos establecidos en la ley.

Que el artículo 48 del Decreto 01 de 1.984, no es aplicable a los procesos administrativos seguidos ante la Administración de Impuestos Nacionales, por existir normas tributarias especiales que regulan el procedimiento para la notificación.

1.2. - RECHAZO DE DEDUCCIONES.

1.2.1. - Costos Diferidos para 1.978.

Analiza el Tribunal el aspecto de los costos diferidos del año de 1.978 en cuantía de $27.531.837 y manifiesta que correspondía a la actora demostrar que el citado rechazo no se llevó a cabo en el año de 1.978 y que de los documentos presentados: declaración de renta de 1.978 y la liquidación oficial por el mismo año no surge tal hecho, ni demuestran por qué no pueden establecer la renta, costos y deducciones solicitadas, y además por tratarse de costos y gastos diferidos, su rechazo, no necesariamente debía reflejarse en el impuesto.

1.2.2. - Rechazo de costos en cuantía de $27.913.765 por el año de 1.979.

Considera que ante la certificación otorgada por el SENA, es procedente el reconocimiento del costo de las obras: Carrera Séptima, Santa Helena, Siberia, Tenjo, Bosconia y Vuelta del Río, y que con relación a la obra Santa Bárbara, es igualmente procedente su reconocimiento ante el certificado expedido por el contador de la Urbanización Santa Bárbara, en el que afirma que el aporte al Sena lo asume el dueño de la obra, de acuerdo con el artículo 8º del Decreto Reglamentario 83 de 1.976. Afirmación que no objetaron ni el Sena, ni la Administración, y que en consecuencia el cargo prospera.

1.2.3. - Pagos a terceros, en exceso de los aceptados por la Administración, considera que deben aceptarse por estimar que están suficientemente probados con la certificación contable, de acuerdo con el artículo 98o de la Ley 09 de 1.983.

Como consecuencia, practica en la sentencia, una nueva liquidación a la sociedad reconociéndole un menor valor a pagar por impuesto en cuantía de $84.195, y fija un total a cargo por $674.512.

2. - PARA LOS SOCIOS.

No accede a decretar la nulidad pedida por no prosperar los cargos de violación de las normas invocadas.

Modifica las liquidaciones practicadas por la Administración como con secuencia de la practicada a la sociedad.

III - LA APELACION.

Tanto el apoderado judicial de la sociedad contribuyente, el socio Ramón Bradford y el Delegado del Director General de Impuestos Nacionales, apelan la providencia por cuento estima:

1. - EL APODERADO DE LOS CONTRIBUYENTES:

1.1.-PARA LA SOCIEDAD:

1.1.1. - Rechazo de costos diferidos del año de 1.978.

Dice que el Tribunal privó del valor probatorio a la liquidación oficial de impuestos de la compañía, correspondiente al año gravable de 1.978,. en la cual no hubo rechazo alguno de deducciones y que los valores de la liquidación oficial son idénticos a los de la liquidación privada del contribuyente, hecho que se puede comprobar a simple vista con la

confrontación de los documentos. Liquidación que debido a falta de requerimiento es inexistente.

Que igualmente violó los artículos 4º y 5º del Decreto 2375 de 1.974, por aplicación indebida el primero, y el segundo por falta de aplicación al informar que la presunción del artículo 4º, sólo tenía por objeto cuantificar los aportes de las empresas constructoras a favor del Sena, entidad ésta a la que el artículo 5º del mismo Decreto había dado la competencia exclusiva para la comprobación de los hechos que desvirtuaran la presunción, desconociendo por tanto el certificado expedido formalmente por el SENA.

Reitera que el rechazo de la deducción por $27.913.763, por concepto de costos del año gravable de 1.979, le caben los mismos cargos de violación de los artículos 4º y 5º del Decreto Reglamentario 2375 de 1.974. porque el Tribunal al ignorar el sentido y alcance de la presunción establecida en el artículo 4º del Decreto 2374 de 1.984 y el hacer caso omiso de las atribuciones conferidas al Sena por el artículo 5º, hizo causa común con los errores de hecho y de derecho de la Administración.

Concluye entonces:

> "Desde este punto de vista, la apelación interpuesta tiene por objeto que el Honorable Consejo de Estado pueda estudiar en la segunda instancia el cargo de que la providencia del inferior dejó de aplicar el artículo 5º del Decreto 2375 de 1974 que otorga al SENA la competencia exclusiva en la constatación de los hechos que desvirtúan la presunción establecida por el artículo 4o del mismo Decreto, y aplicó indebidamente esta última disposición". (fl. 205 cdno. ppal.).

1.1.2. - Que el fallo del Tribunal negó, así mismo el cumplimiento del silencio administrativo positivo con violación, por errónea interpretación del artículo 38 del Decreto Ley 3803 por indebida notificación del acto administrativo.

1.2. - PARA RAMON BRADFORD.

1.2.1. -Que los actos administrativos de liquidación sí son nulos y que la doctrina del Tribunal al respecto, sufre equivocación al decir que los términos no son renunciables en materia tributaria. Considera que el término de los tres meses de respuesta al requerimiento está establecido en favor del contribuyente y que por consiguiente éste puede renunciarlo.

2.2.2. - PARA HERNANDO RODRIGUEZ.

No apeló oportunamente, pero el 23 de Mayo de 1983, su apoderada solicita que esta Corporación decrete la nulidad de la liquidación recurrida,

por haberse producido con pretermisión de término y en defecto se de aplicación a los artículos 57 de la Ley 52 de 1.977 y 49 Decreto 825 de 1.978.

2 - EL REPRESENTANTE JUDICIAL DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.-

Se opone a la solicitud del silencio positivo y considera improcedente que el Tribunal haya modificado el acto administrativo de liquidación de impuestos, con base en una certificación contable sobre aportes de la obra Santa Bárbara, y no por el SENA, sin tener en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 11 del Decreto 083 de 1976.

Solicita en consecuencia que se revoque la sentencia del Tribunal y se denieguen las súplicas de la demanda.

IV - CONCEPTO DEL FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación estima que:

1. - EN RELACION CON LA SOCIEDAD BRADFORD RODRIGUEZ LTDA.

1.1.- NULIDAD Y SILENCIO POSITIVO.

Que no es procedente el cargo, porque la resolución que agotó la vía gubernativa, se notificó dentro de la oportunidad que las normas de procedimiento de carácter tributario establecen específicamente.

1.2. - ASPECTOS DE FONDO.

1.2.1.-Rechazo del valor proporcional de $5.974.422 como costo, para determinar la utilidad por liquidación de contrato de la Obra Santa Bárbara en el año fiscal de 1.979, como consecuencia del desconocimiento de costos de construcción en 1.978 en cuantía de $27.531.837.

Considera que la actuación oficial, para determinar la liquidación de la utilidad en la obra Santa Bárbara, se ajustó a derecho, en razón del manejo diferido de los costos y la capitalización de los mismos en la cuenta de construcciones, constituyendo así un factor determinante para disminuir la utilidad en la venta o entrega de la obra.

Sobre el particular expresa:

"Para la Fiscalía la actuación oficial surtida con el fin de determinar el costo de la inversión en la obra " Santa Bárbara " y utilidad gravable en la liquidación de la misma, hecho que se configuró en 1979, se encuentra ajustada a derecho en este punto.

"Tratándose de una entidad dedicada a la construcción, los costos en que se incurre a medida que se realiza la obra, se manejan contablemente a través de una cuenta " diferida " bajo el nombre " costo de construcción" que anualmente se lleva al activo, aumentando el valor de la construcción y constituyéndose así en un factor determinante para disminuir la posible utilidad obtenida en la venta.

"No puede pretenderse que el rechazo de un " costo de construcción " diferido de un ejercicio, incida en la renta líquida del año, pues se trata de una cuenta del activo. sin relación alguna con la determinación de la utilidad o pérdida de dicho año. El rechazo oficial incide en el año en que se efectué la liquidación final de la utilidad gravable obtenida en la venta de la construcción, pues será entonces cuando el costo fiscal se determine para obtener el valor de la utilidad fiscal. En consecuencia, el rechazo de costos en 1978 del cual da fe la Administración y que la copia de la primera página de la liquidación oficial aportada por la tributante no desvirtúa, ha debido discutirse por parte de la accionante en el ejercicio en que se produjo el rechazo oficial -1978- aún cuando no se hubiere reflejado en la determinación del impuestos, con el fin de evitar su incidencia en la determinación de la utilidad final de la obra "Santa Bárbara". Establecido que no se utilizaron los recursos legales, como lo verificó la Administración según folio 72 del cuaderno de antecedentes, no podía la Administración hacer otra cosa que aplicar el rechazo de la cuenta diferida en el ejercicio de 1979." (fls. 251 y 252 C. Ppal.).

1.2.2. - Rechazo de costos de construcción para el año de 1.979 por falta de aporte al SENA.

Considera que con relación a la Obra Santa Bárbara, si bien la sociedad acompaña como prueba, certificación del contador público sobre pago de aportes al SENA, dicha certificación no cubre ni menciona para nada la Obra Santa Bárbara, ni se aporta el certificado del Sena en que conste los aportes a la Institución sobre tal obra, por lo que debe mantenerse el rechazo de los costos proporcionales imputables a este contrato, pero no así los relacionados con las demás obras en que si aparece certificado por el SENA, que la incidencia de la mano de obra, fue inferior al 25% de su valor total y que los aportes se liquidaron en forma normal sobre los jornales pagados efectivamente. Que en este aspecto, tiene razón la actora, pues la Administración debió disminuir la base sobre la cual se aplica el 25% y no afectar la *utilidad del ejercicio* con salarios que en la liquidación oficial ya se habían

tenido en cuenta. (Subraya la Sala), con lo cual incurrió en error en favor del contribuyente.

1.2.3. + Rechazo de pagos a terceros.

Considera que es procedente su reconocimiento, toda vez que el contribuyente con ocasión del requerimiento, identificó debidamente a los beneficiarios, corrigiendo la omisión en que incurrió.

En conclusión plantea numéricamente la liquidación de la utilidad en la obra Santa Bárbara en cuantía de $4.254.467, que considera superior a la determinadas erróneamente por la Administración de Impuestos por valor de $3.456.755 y conceptúa que debe revocarse la sentencia apelada y confirmar la liquidación practicada en la Resolución proferida por Recursos Tributarios de la Administración.

2. - PARA LOS SOCIOS, que consecuencialmente con lo anterior, se nieguen las súplicas de la demanda.

V - CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Rechazo de costos diferidos del año de 1978.

Manifiesta en primer lugar el apoderado judicial de la actora, que el Tribunal desconoció el valor probatorio de la liquidación oficial practicada por la Administración para el año gravable de 1978 en la cual no se rechazó deducción alguna y los valores por impuestos en ella consignados son idénticos a los contenidos en la liquidación privada y que además dicha liquidación oficial es ineficaz por no haberse requerido previamente.

Con relación a este cargo observa la Sala que a folio 27 del cuaderno principal, obra fotocopia auténtica de sólo una hoja de la liquidación oficial Nro. 101504 de julio 27 de 1981, correspondiente al año gravable de 1978, en la cual las bases gravables e impuestos determinados oficialmente se identifican con las declaradas como realizadas por la sociedad para ese ejercicio fiscal, en virtud del sistema por ella adoptado de diferir ingresos, costos y deducciones para ejercicios posteriores.

Documento oficial en el cual no puede aparecer, dentro de la determinación de las bases gravables, el rechazo de una deducción o un costo no pedido para el ejercicio sino diferida para períodos posteriores, razón por la cual de él no se deduce ni la aceptación ni el rechazo de los costos activados del contribuyente. Por lo demás el documento presentado como prueba por el contribuyente no esta completo, pues carece del memorando explicativo, en el que, según afirma la Administración, se manifiesta el desconocimiento de la capitalización del costo debido al incumplimiento de requisitos legales por

parte del contribuyente. Entonces como lo afirmó el Tribunal y lo reitera la Colaboradora Fiscal, no probó la contribuyente que la Administración aceptó en el ejercicio de 1978 la capitalización de los costos diferidos para ejercicios posteriores, porque tal hecho no puede deducirse del documento parcial de liquidación oficial presentada por la actora.

Con relación al cargo de Nulidad por violación de los artículos 4º y 5º del Decreto Reglamentario 2375 de 1974, el primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación, al rechazar costos activados en 1978 en cuantía de $27.531.873 y costos de 1979 en cuantía de $27.913.763, es preciso anotar que de acuerdo con los artículos 68 y 69 del Decreto 2053 de 1974, como del artículo 88 del Decreto 187 de 1975, que regulan los contratos por servicios autónomos, que impliquen la existencia de costos y deducciones, tales como los de obra o empresa y los de suministro, la renta líquida está constituida por la diferencia entre el precio del servicio y el costo o deducción imputables a su realización.

Cuando el pago de los servicios se haga por cuotas y éstas correspondan a más de un período gravable, el contribuyente puede optar por diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos hasta la realización de los ingresos a los cuales proporcionalmente corresponden. Al terminar la ejecución del contrato deben efectuarse los ajustes que fueren necesarios.

Bien sea que el gasto, imputable como costo o como deducción se solicite dentro del ejercicio en el cual se realiza, o bien que se active y difiera para solicitarlo en ejercicios fiscales posteriores, es imperativo, conforme al artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, parágrafo, que se acredite el pago de las contribuciones para-fiscales entre las cuales se encuentra el pago al SENA.

Es apenas obvio, que si el contribuyente no cumple con el requisito de pago de los aportes al SENA, la capitalización de costo, en manera alguna implica que haya adquirido derecho al reconocimiento del mismo para efectos de determinar la utilidad fiscal al liquidar la obra o contrato en ejercicios subsiguientes, pues de todas formas debe aportar las pruebas exigidas por la ley para demostrar el cumplimiento de tales requisitos.

Ahora bien, tratándose de la Industria de la Construcción, el valor de la base para los aportes está reglado por los artículos 4º y 5º del Decreto 2375 de 1974, que la demanda invoca como violados y que en su orden disponen:

> "ARTICULO 4º. - Se presume que la industria de la construcción destina para la realización de los trabajos que ejecuta, un veinticinco por ciento (25%) de sus costos al pago de jornales y subcontratos de prestación de servicios.

"En consecuencia, las personas jurídicas y naturales dedicadas a la industria de la construcción deberán pagar en cada año fiscal, como aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje, el medio por ciento (1/2 %) del valor de las obras que ejecuten directamente o a través de subcontratistas.

"ARTICULO 5º.- A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior los interesados podrán comprobar ante el SENA, mediante la presentación de sus planillas de salarios y las de los subcontratistas, que sus costos de mano de obra tuvieron una incidencia inferior a la que se presume en el valor total de las construcciones por ellos ejecutadas.

"En estos casos, su aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje se hará conforme a las disposiciones anteriores al presente Decreto."

Es decir, que en el caso *sub-judice*, el problema radica en el rechazo de costos proporcionales imputables en el año de 1979 a la Obra Sta. Bárbara, en razón de su terminación, que corresponden tanto a los diferidos del año anterior como los realizados durante el ejercicio, sobre los cuales no se efectuaron los aportes al SENA, conforme con la presunción establecida en la Ley.

Si bien tal presunción podía desvirtuarse, y así lo pretendió la sociedad contribuyente al aportar tanto los certificados expedidos por el SENA como por el contador de la compañía (fls. 7,8, 9 y 10 del cdno. de antecedentes de la sociedad) éstos sólo desvirtuaron la presunción con relación a las obras de: Carrera 7a. Santa Helena, Siberia, Tenjo, Bosconia y Vuelta del Río, pero no en relación con la Obra Santa Bárbara, la cual no mencionan, y así fueron aceptados por la Administración de Impuestos en la Resolución 00772 del 21 de mayo de 1984, confirmada por la Resolución 00535 de julio 16 de 1984.

El certificado expedido por el contador publico de la sociedad, Urbanización Santa Bárbara, dueña de la obra, en el sentido de haber asumido y pagado al SENA los aportes a que estaba obligado el contratista, no suple en manera alguna, la exigencia legal del certificado del SENA que acredite que efectivamente se pagaron los aportes y que el contratista se encontraba a paz y salvo por tal concepto, su razón de haber asumido y pagado el contratante los aportes.

Tampoco de la certificación aparece la realidad del pago, ni el valor de los aportes, ni la base para la liquidación de los mismos, ni el hecho de haberse desvirtuado, igualmente, la presunción.

No prospera entonces el cargo de violación, que de los artículos 4º y 5º del Decreto 2375 de 1974, invoca el apoderado de la sociedad contribuyente, tanto contra el acto administrativo como contra la sentencia apelada.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es legal el rechazo proporcional de los costos diferidos en 1978 imputables a la Obra Santa Bárbara, así como los efectuados en 1979 que sobre la misma obra efectuó la Administración, por no haberse acreditado con la prueba exigida por la ley certificado del SENA, que se pagaron los aportes correspondientes bien por parte del contratante, bien por el contratista, sobre la base presunta, o sobre la real de acuerdo a los jornales efectivamente pagados.

Es por demás conveniente anotar que la Resolución Nro. 00772 del 21 de mayo de 1.972, página 4, tomando en cuenta el certificado expedido por el SENA sobre las demás obras acepta los salarios imputables a las mismas, afectando la utilidad del ejercicio en vez de haber disminuido la base para aplicar el 25% de la presunción, proceder con el cual se favoreció a la sociedad contribuyente.

Resulta a todas luces temeraria e improcedente la aseveración sobre la alegada violación del artículo 93 de la Ley 21 de 1.982, que pretende el apoderado judicial, pues tal norma no era aplicable al ejercicio fiscal de 1.979, en razón de que la ley no es retroactiva y sólo se aplica hacia el futuro sobre hechos acaecidos durante su vigencia.

Asiste entonces razón al representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto considera que la sentencia del Tribunal debe ser revocada por haber accedido al reconocimiento de los costos imputables a la obra Santa Bárbara, con base en una prueba insuficiente y distinta a la exigida específicamente por la Ley.

1.2. - RECHAZO DE PAGOS A TERCEROS POR INDEBIDA IDENTIFICACION.

Violación del artículo 55 del Decreto 2053 de 1.974 por incorrecta interpretación.

De acuerdo con lo exigido por el artículo 55 del Decreto 2053 de 1.974, Inciso 1º, para la aceptación de deducciones por concepto de pagos a terceros, era necesario que el contribuyente, además de haber efectuado el pago, teniendo en cuenta el concepto de realización del artículo 16, numeral 2º, *ibídem*, identificara en su declaración de renta con indicación de nombres y apellidos y número de identificación tributaria (NIT) o cédula, a los beneficiarios de los mismos, como el monto de lo pagado o abonado a cada beneficiario.

Ante la ausencia de tal identificación el inciso 2º del mismo artículo 55 del Decreto 2053, era enfático al disponer:

"Salvo las excepciones que señale el reglamento, la omisión de cualquiera de estos requisitos *sólo puede suplirse comprobando que el beneficiario*

de la renta la había declarado con anterioridad al requerimiento hecho al contribuyente para que explicara la omisión y, en todo caso antes de que a este se le hubiera practicado la liquidación oficial de Impuestos del año por el cual solicitó la deducción". (Subraya la Sala)

Entonces, si la Administración frente a la norma vigente y la omisión del contribuyente, le exige como prueba la declaración de los beneficiarios, no puede argumentarse que haya violado la ley. Por el contrario, dio aplicación a la norma y así lo acepta el recurrente cuando en el memorial del recurso de reconsideración (fl., 202 Cdno. de Antecedentes T.1) manifiesta:

"Igualmente solicitamos en el memorial de respuesta al requerimiento que la veracidad de las informaciones suministradas en las repuestas se verificara confrontando estas informaciones con las declaraciones de renta presentadas por el año fiscal de 1.979 en el curso de 1.980.."

Para efectos de la prueba invocada de informaron los nits y nombres de los beneficiarios, pero olvidó la sociedad que el artículo 25 del Decreto 825 de 1.978, exigía del contribuyente que invocara como prueba, documentos expedidos o guardados por las oficinas de Impuestos, que los individualizara e indicara su fecha, número y oficina que los expidió o conservó. Pese a la deficiencia en el suministro de *datos* la Administración verificó sus archivos y encontró las declaraciones de algunos de los beneficiarios de los pagos y procedió en la Resolución 00722 de 1.984 a su reconocimiento.

Sinembargo, como la sociedad contribuyente, allegó al proceso las certificaciones de la Cámara de Comercio sobre la inscripción de los libros de contabilidad, del contador público acerca de la realidad contable y soportes externos sobre los costos discutidos, así como la relación de los asientos de diario, comprobantes de giro de cheques y facturas pagadas, los pagos a terceros deben aceptarse.

A esta misma conclusión llegó el *a-quo*, pero inexplicablemente al hacer la liquidación del impuesto mantiene el rechazo, con lo cual la sentencia no guarda la debida relación con los considerandos expuestos, pues ha debido tomar en cuenta la parte proporcional de dichos pagos atribuibles a la obra Santa Bárbara.

1.3. - Ineficacia de la Resolución 535 del 16 de Julio de 1.984 por indebida interpretación tanto por parte de la Administración como del *a-quo*, del artículo 38 del Decreto 3803 de 1.982.

Cargo que no prospera porque el análisis hecho por el Tribunal en este aspecto es jurídico y se reafirma tanto con el criterio de esta Sala como el de la Sra. Fiscal Sexto de la Corporación.

En consecuencia se practica una nueva liquidación así:

	Tarifa Impuesto
Renta gravada en la Resolución 772 de Mayo 21 de 1.974	$3.456.755

Menos pagos a terceros que en esta oportunidad se aceptan atribuibles Obra Santa Bárbara:

$$\frac{37.801.375 \text{ X } 1.170.240}{373.737.741} = 118.364$$

RENTA GRAVABLE DEFINITIVA

$ 3.338.391 x 20% $ 667.678

DISTRIBUCION A SOCIOS	%	Renta Gravable
Bradford Ramón	50	$1.335.356
Rodríguez Hernando	50	$1.335.356

2 - PARA LOS SOCIOS

2.1.- RAMON BRADFORD.

1.1.1-Nulidad de la liquidación por ser extemporánea como consecuencia de la renuncia que del término para contestar, efectuó el contribuyente.

Por imperativo del artículo 22 del Decreto 3803 de 1.982, el término para revisión se suspenderá, entre otros casos, conforme al literal b). Durante el plazo establecido para la respuesta al requerimiento.

La suspensión del término opera por imperativo legal, tanto para el contribuyente como para la Administración y no puede pretenderse que la renuncia del contribuyente al término, o parte del término de tres meses que otorga la Ley, para contestar el requerimiento, levante la suspensión, establecida en la Ley y obligue a la Administración a la renuncia del mismo, pues todo los términos, se reitera, obligan tanto a la Administración como al contribuyente, al igual que su suspensión.

Si la Administración hizo uso entonces, del término de dos años para practicar la liquidación, acatando la suspensión del mismo, durante el plazo de los tres meses otorgados al contribuyente, para contestar el requerimiento, no violó la ley ni la liquidación de revisión fue extemporánea.

No prospera el cargo.

2.1.2. - Como consecuencia del fallo en relación con la sociedad, procede para el socio la petición subsidiaria de modificación de la liquidación de revisión así :

	Base	**Impuesto**
La gravada mediante Resolución		
R774-P del 21 de Mayo de 1.984	$1.405.829	
Menos participación no causada en		
la sociedad Ramón Bradford y		
Hernando Rodríguez Ltda.	$ 18.940	
	$1.386.889	$622.429
Menos descuentos tributarios		
		$ 3.000
IMPUESTO DE RENTA		$ 619.429
PATRIMONIO		
El gravado inicialmente no varía		
	$2.467.202	$ 29.212
		$ 649.341
Menos pagos (Fls.27 y 28)		$ 90.363
SALDO POR PAGAR		$ 558.978

2.2. - HERNANDO RODRIGUEZ

Auncuando no apela, como consecuencia del fallo de la sociedad, se practica nueva liquidación así:

	Base	Impuesto
La gravada según Resolución		
A-774-P de Mayo 21 de 1.984	$1.748.029	
Menos participación no causada		
en la sociedad Ramón Bradford		
y Hernando Rodríguez Ltda.	$ 18.940	
RENTA GRAVABLE	$1.729.089	$810.930
Menos descuento tributario		$ 3.300
IMPUESTO RENTA		$807.630
PATRIMONIO.		
El gravado inicialmente		
no varía	$2.953.320	$ 38.430
TOTAL A CARGO		$846.060
PAGOS.		
Obran en el expediente (fls. 25 y 26)		$268.208
SALDO POR PAGAR		$577.852

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)-REVOCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha Julio 16 de 1.988 proferida en el juicio de restablecimiento del derecho que contra los actos administrativos de liquidación de impuesto sobre la renta, correspondiente al año fiscal de 1.979, intentaron

la sociedad BRADFORD & RODRIGUEZ LTDA. NIT. 60.028.988; RAMON BRADFORD, NIT 4.241 Y HERNANDO RODRIGUEZ DELGADO C.C. No. 92.166.

2)-FIJASE en la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($667.678) el valor del impuesto de Renta y Complementarios que por el año gravable de 1.979, corresponde pagar a la sociedad "BRADFORD RODRIGUEZ LTDA. Nit. 60.028.988.

3) - FIJASE en la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS ($649.341), el valor total de impuesto de renta y Complementarios que por el año gravable de 1.979, corresponde pagar a RAMON BRADFORD, C.C. No. 4.241.

4) - FIJASE en la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SESENTA PESOS ($846.060), el valor total del Impuesto de Renta y Complementarios que por el año gravable de 1.979 corresponde pagar a HERNANDO RODRIGUEZ DELGADO, C.C. No. 92.166.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE. VUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala*; Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn,*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Causales **/MEDIOS ILEGALES**

La revocación de un acto particular cuando "fuere evidente que ocurrió por medios ilegales", requiere no un error cualquiera, sino la evidencia del fraude consumado en contra de la Administración Pública por la utilización de medios manifiestamente ilegales. Pero además se requiere el conocimiento del titular de los derechos, mediante comunicación o notificación, a fín de garantizarle el derecho de defensa, tal como lo previene el artículo 74 del cual se remite al 28 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., veintiuno de septiembre (21) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2594 Actor :Casa Británica S.A. Impuesto Industria Comercio - Fallo

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del municipio de Envigado, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioqula del 10 de marzo de 1989, que resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda formulada por la sociedad CASA BRITANICA S.A., dirigida a obtener la nulidad de las Resoluciones Nº 16 y Nº 17 ambas de septiembre de 1986 proferidas por la Secretaría de Hacienda Municipal de Envigado y el acto administrativo presunto por silencio negativo, confirmatorio de las resoluciones citadas.

ANTECEDENTES

CASA BRITANICA S.A. presentó su declaración de Industria y Comercio correspondiente al período fiscal 1985, el 30 de abril de 1986, y con ella la liquidación privada que fijó como impuesto mensual de Industria y Comercio la suma de $52.137. y por Avisos de $7.821 para un total de $59.958.

Por Resolución Nº 174 notificada el 5 de junio de 1986 la Secretaría de Hacienda Municipal confirmó la autoliquidación presentada por la sociedad. No obstante encontrarse ésta ejecutoriada, la misma dependencia oficial dictó la Resolución Nº 16 de septiembre 10 del mismo año que la revocó. En su lugar determinó un impuesto de Industria y Comercio de $220.022. mensual y el de Avisos en $33.033.

Interpuestos los recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra la citada Resolución 16, la Agencia Fiscal resolvió el primero por Resolución Nº 17 de septiembre del mismo año que la confirmó y concedió el recurso de apelación para ante la Junta de Hacienda Municipal.

Sustentada la apelación el 1º de octubre de 1986 y no resuelta ésta dentro del término transcurrido hasta la fecha de presentación de la demanda, marzo 2 de 1987, dice la reclamante, se está frente a un acto administrativo presunto por silencio negativo, que confirmó las Resoluciones 16 y 17 antes citadas.

Por medio de apoderado judicial, la sociedad acudió ante la jurisdicción en demanda de restablecimiento del derecho y nulidad de las Resoluciones 16 y 17 de 1986 y por ende se declare en firme la Resolución Nº 174 del mismo año que confirmó la liquidación privada presentada por la sociedad y correspondiente a la vigencia fiscal materia de controversia.

Argumenta la demandante que la Oficina Municipal quebrantó los Artículos 73, 74 y 28 del Decreto 01 de 1984, porque revocó un acto administrativo creador de una situación jurídica de carácter particular y concreto, sin el consentimiento expreso y escrito de su respectivo titular y sin que se le comunicara la decisión de revocar su propia determinación. Se queja también de que la Administración se haya negado a recibir el pago de la liquidación privada, ilegal y arbitrario procedimiento que perjudica a la sociedad.

El Tribunal en sentencia sometida a consideración de la Sala, accedió a la pretensiones de la demanda. Está de acuerdo con que la Administración Municipal actuó en contra de lo dispuesto en el Artículo 73 del C.C.A., como quiera que para revocar de oficio la Resolución Nº 174 de 1986, ha

debido comunicarlo a la empresa afectada, como lo determina el Artículo 74 armónico con el 28 del mismo código.

DE LA APELACION

La apelante solicita se revoque la sentencia, e insiste sobre los planteamientos inicialmente formulados en la demanda.

Dice: la sociedad reclamante no puede alegar un "Justo Título" para deducir que la Administración no podía modificar su equívoco, porque el error provino de la información fraudulenta sobre el tipo de actividad que ejerce en el municipio de Envigado, con el único fin de evadir el tributo que legalmente debía pagar.

Argumenta que la Administración no hizo otra cosa que dar aplicación al Artículo 69 del C.C.A., que ordena a los funcionarios públicos, revocar los actos administrativos que violen el ordenamiento jurídico, que no estén conformes con el interés público o social.

Invoca por último, el contenido del inciso segundo del Artículo 73, ibídem, que faculta la revocación de los actos de carácter particular y concreto, "si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

CONCEPTO FISCAL

El Ministerio Público a través de la Fiscal Sexta de la Corporación Doctora Dolly Pedraza de Arenas, en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia apelada. Coincide con los argumentos en que apoyó el Tribunal su decisión.

La revocabilidad de los actos administrativos, dice:

> "Es un atributo de la autoridad administrativa que puede ejercer en forma absoluta cuando se trata de actos administrativos generales, impersonales o abstractos, pero que en cuanto a los actos individuales, personales o concretos se encuentra restringida por la ley por razón del conflicto que puede presentarse entre esta facultad y el derecho que tienen los particulares a que se les respeten las situaciones jurídicas en que en su favor se han consolidado".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

No puede la Administración de oficio revocar actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto sin incurrir en violación del Artículo 73 del C.C.A. Para poder hacerlo es necesario el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Es ésta una excepción al principio

según el cual la Administración tiene amplia facultad de obrar en forma unilateral y obligatoria, sin perjuicio de que sus decisiones sean objeto de control jurisdiccional.

Sin la aquiescencia o asentimiento del particular afectado, la revocatoria de estos actos sólo es procedente 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.

En el caso sometido a consideración de la Sala, los antecedentes administrativos demuestran que la Oficina Municipal notificó la Resolución Nº. 174 de 1986 confirmatoria de los impuestos de industria, comercio y avisos determinados por la sociedad en su liquidación privada 1985, providencia que posteriormente revocó directamente y sin el consentimiento previo y escrito del ente social, al estimar que éste había informado en su declaración tributaria una actividad distinta a la desarrollada por él. Sustentó dicha revocatoria entre otros motivos en considerar "que al efectuarse una revisión posterior de la declaración presentada, se encontró un error en la base gravable tomada por la firma en comento, la cual se clasificó como actividad de INTERMEDIACION COMERCIAL, modificando el objeto social como se pudo observar claramente del certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, donde aparece claramente que el objeto social de la firma será: LA COMPRA, VENTA, IMPORTACION, EXPORTACION Y DISTRIBUCION DE VEHICULOS AUTOMOTORES DE CUALQUIER CLASE Y DE REPUESTOS DE LOS MISMOS".

Comparada esta fundamentación que fue la esencial, con el aparte del Artículo 73 que autoriza por excepción a la administración pública a revocar actos particulares sin el consentimiento del titular, cuando *"fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales"* resulta fallida la actuación de la entidad municipal porque no aparece la ocurrencia de los supuestos normativos.

La "ilegalidad" de la declaración no era tan evidente cuando la actividad declarada bien podía estar comprendida dentro de una de las del objeto social (distribución de vehículos) y menos aún cuando expresó que "se encontró un error en la base gravable". Conforme al texto del artículo 73 (segundo inciso) del C.C.A. se requiere no un error cualquiera, sino la evidencia del fraude consumado en contra de la administración pública por la utilización de medios manifiestamente ilegales: ese es el sentido que la Sala le da a la frase: "... si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales."

Pero además la motivación del Tribunal fue acertada en cuanto a la revocatoria del acto de carácter particular, requería el conocimiento del titular de los derechos reconocidos, mediante comunicación o notificación a fin de garantizarle el derecho de defensa, tal como lo previene el artículo 74 el cual se remite al 28 del C.C.A..

En consecuencia, la Sala estima que el acto anulado por el a-quo no se encontraba dentro de los casos de excepción a la revocabilidad previstos en el inciso 2º del Artículo 73 antes citado, ni se guardó el procedimiento del Artículo 74 *ibídem*, como bien lo consideró el Tribunal, cuya providencia merece ser confirmada.

Consecuente con 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 :

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DERECHO DE DEFENSA

En materia tributaria, el principio de la legalidad del impuesto, incluidas las sanciones de diversa índole que se aplican a quienes la violen, implica que la ley debe ser preexistente al hecho imponible, esto es al hecho generador de la obligación tributaria, pues la ley tributaria, como toda ley no es retroactiva y sólo se aplica hacia el futuro, a hechos que se verifican dentro de su vigencia. Sólo por excepción puede aplicarse una ley nueva en lo permisivo o favorable a situaciones ya cumplidas con anterioridad a la ley, siempre que previamente a la comisión de la contravención tributaria hubiera existido disposición que impusiera una sanción más gravosa que la contenida en la nueva norma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 2562. Apelación sentencia de Mayo 15 de 1989 del Tribunal de Risaralda, sobre impuestos de industria y comercio Diciembre 1º de 1974 y junio 30 de 1975. Actor: Planta Terminal de Distribución de Productos derivados del Petróleo del Centro S.A. "Terpel del Centro" .Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 15 de Mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en el juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal, intentado por la actora contra los actos administrativos de liquidación del impuesto de Industria y comercio y sanciones del período comprendido entre el 1º de Diciembre de 1974 y Junio 30 de 1975, en cuanto imponen a la contribuyente sanción por "no matricularse a tiempo".

ANTECEDENTES:

La sociedad recurrente inició actividades de distribución de derivados del petróleo en el Municipio de Pereira en el mes de Diciembre de 1974.

En el mes de Diciembre de 1987, se inscribió, matriculó y presentó la declaración de industria y comercio por el período comprendido entre el 1º del Diciembre de 1974 y Junio 30 de 1975.

La Secretaría de Hacienda Municipal de Pereira, mediante Resolución 1191 del 4 de Diciembre de 1987, además de fijarle el impuesto por el período anotado, le impuso a la contribuyente "Sanción por no matricularse a tiempo por valor de $12.125.119".

Inconforme la sociedad interpuso los recursos de reposición y apelación contra la sanción por la vía gubernativa, los cuales fueron resueltos en forma desfavorable a sus peticiones.

Acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, alegando violación al artículo 26 de la Constitución Nacional; el Acuerdo 23 de Mayo 4 de 1973 y el Decreto 290 de 1986 por imponer una sanción no prevista en la ley.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda negó las súplicas de la demanda, al considerar que no hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque el Acuerdo 23 de 1973, vigente a la época de iniciación de labores comerciales en Pereira por el contribuyente, se refería a la obligación de matricularse , en los artículos 6, 70 y 72, y el parágrafo 1º del artículo 6º mutilado en el texto sancionado por el Alcalde, contiene elementos suficientes para entender el alcance y objeto de la sanción pecuniaria en forma inequívoca, ya que en armonía con el artículo 72, señala que se trata de una sanción pecuniaria al fijar una tasa de interés sobre el período no pagado, sanción que por el tema regulado en el artículo 6º, está originada en el cumplimiento de la obligación de matricular el establecimiento, y desde este punto de vista la

determinación de la sanción con base en norma posterior mas favorable, no riñe con el artículo 26 de la Constitución Nacional.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, insiste en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por haber aplicado la Administración Municipal una norma posterior al hecho imputado a la sociedad, y que es imposible que se configure el principio de su aplicación por favorabilidad, porque el Acuerdo 23 de 1973, no contenía sanción pecuniaria para la falta de inscripción o matrícula de los establecimientos de comercio, así pretenda el Tribunal procurar la existencia de la norma sancionatoria en una frase contenida en el artículo 6º, a continuación del inciso 1º del mismo Acuerdo.

CONCEPTO DEL FISCAL:

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas Fiscal Sexto de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda porque el Acuerdo 23 de 1973 del Concejo Municipal de Pereira artículo 6º, cuya copia auténtica se acompaña a la demanda, que impone la obligación a las personas naturales y jurídicas que ejerzan actividades gravadas con el impuesto de industria y comercio de matricularse en la Tesorería Municipal, solo tiene un parágrafo nominado con el Nº 2, que enseña que si no cumplen con la obligación, se dispondrá su registro oficioso con base en los informes de los visitadores, y que no es admisible la razón dada por el Municipio sobre el hecho de no aparecer en el artículo 6º el mencionado parágrafo 1º. por error mecanográfico, pero que tal parágrafo si fue aprobado por el Conscejo, pues la simple copia del proyecto del Acuerdo allegada no constituye prueba suficiente y tampoco las actas de sesiones del Cabildo y que aun cuando lo afirmado hubiera sido debidamente comprobado, lo cierto es que el texto del Acuerdo, que según aparece a folio 25 del cuaderno principal, fue sancionado y publicado, es el que obra en la "copia del original que reposa en los archivos", luego lo que no aparece en él, así hubiera sido aprobado, no podía obligar, ni a la Administración ni a los particulares".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Es motivo fundamental y único de la apelación la supuesta violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por parte de la Administración, al imponer una sanción con base en una norma posterior a la conducta tomada como punible, ya que según criterio del apoderado de la actora, de la norma preexistente: artículo 6º del Acuerdo Municipal 23 de 1973, no puede inferirse sanción pecuniaria alguna.

Dispone el artículo 26 de la Constitución Nacional:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

El texto constitucional es claro y exige que cuando se juzga a una persona, natural o jurídica la conducta punible, que se le imputa, ha de estar tipificada de manera precisa en la ley preexistente a la comisión del hecho, y así mismo la sanción aplicable, y el procedimiento a seguir para su imposición.

En materia tributaria, el principio de la legalidad del impuesto, incluidas las sanciones de diversa índole que se aplican a quienes la violen, implica que la ley debe ser preexistente al hecho imponible, esto es al hecho generador de la obligación tributaria, pues la ley tributaria, como toda ley no es retroactiva y sólo se aplica hacia el futuro, a hechos que se verifican dentro de su vigencia.

Sólo por excepción, por analogía con el derecho penal, puede aplicarse una ley nueva en lo permisivo o favorable a situaciones ya cumplidas con anterioridad a la ley, siempre que previamente a la comisión de la contravención tributaria hubiera existido disposición que impusiera una sanción más gravosa que la contenida en la nueva norma.

Es imperante analizar entonces, si efectivamente con anterioridad a la comisión del ilícito tributario, consiste en el no cumplimiento de la obligación de matricularse dentro de la oportunidad prevista en la ley, existía o no, norma que derivara una sanción pecuniaria de tal desacato.

Obra a folios 9 a 25 del cuaderno principal, una fotocopia del Acuerdo Nº 23 del 4 de Mayo de 1973, con certificación de su publicación el mismo día, la cual reza:

Julio veintiuno de mil novecientos ochenta y ocho.- Es fotocopia de su original que reposa en lo archivos de esta Dependencia, consta de 17 Folios y se expide con destino al interesado - MARIA ELENA RUIZ GUARIN Secretaria General del Concejo Municipal (Hay firma ilegible), certificación que le da autenticidad.

Este Acuerdo en su artículo 6º orden:

"Las personas naturales o jurídicas bajo cuya dirección o responsabilidad se ejerzan actividades gravables por Impuesto de Industria y Comercio, están obligados a matricularse en la Tesorería Municipal, dentro de los treinta (30) días siguientes a la iniciación de las mismas, suministrando los datos que se les exija.

"de interés al 2% mensual sobre el periodo no pagado.

"Parágrafo 2º. - Cuando las personas aludidas en el presente artículo no cumplieren la obligación de matricular sus negocios, actividades industriales o comerciales, dentro del plazo o se negaran a hacerlo, se dispondrá el registro oficioso de ellas para efectos del impuesto, con base en los informes de Visitadores".

Texto literal que permite inferir que muy seguramente la disposición sufrió una mutilación porque si hay un parágrafo 2o., necesariamente debió existir en el proyecto el parágrafo 1º, del cual la frase "de interés al 2% mensual sobre el período no pagado" hizo parte. Suposición que aparece respaldada por la aseveración que en tal sentido formula la apoderada judicial del Municipio, y que pretende probar con una copia simple del proyecto del Acuerdo.

No obstante que esta inferencia pudiera ser comprobada, el texto del Acuerdo sancionado y publicado, no contiene tenor literal que permita derivar la existencia de una sanción pecuniaria para el contribuyente que incumplió con la obligación de matricularse oportunamente.

No puede pretenderse que un texto parcial que adolece de sanción y publicación, como lo es el supuesto parágrafo 1º del artículo 6º del Acuerdo en mención obligue a los administrados, pues la sanción es una condición esencial para que la voluntad del Consejo se convierta en Acuerdo, y la publicación es el acto de conocimiento que de la norma se da por uno u otro medio, para que obligue al administrado. Es la misma Constitución Nacional la que en sus artículos 85, 89 y 120 numeral 2º menciona la promulgación de las leyes como obligación del Presidente de la República en el ámbito nacional y armónicamente en desarrollo de la norma constitucional el artículo 52 del Código de régimen Político y Municipal, enseña que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación. Norma similar prescribe el Decreto 01 de 1984, en su artículo 43 para los actos administrativos de carácter general.

En consecuencia no puede admitirse como lo pretende la apoderada judicial del Municipio y como lo aceptó el Tribunal de primera instancia, que por el hecho de haberse aprobado un articulado o parágrafo éste sea ley en sentido material, así su texto no fue sancionado ni publicado conforme lo exigen las normas superiores.

Entonces si el texto sancionado y publicado del Acuerdo 23 de 1973, no contiene sanción pecuniaria no podía la Administración Municipal imponerla al contribuyente.

Tampoco podía imponerla con base en una norma posterior, cual es el Decreto 290 de 1986, alegando que la sanción, conforme a este nuevo

ordenamiento jurídico es mas benévola, pues como lo afirma el apoderado judicial de la actora, el principio de la favorabilidad implica o supone la existencia de dos normas punitivas que contemplan el mismo hecho delictuoso o contravencional, pero con sanciones diferentes, circunstancias que no se dan en el *sub lite* y cuya ausencia hace que la sanción impuesta con base en norma posterior a la ejecución del hecho, viole al artículo 26 de la Constitución Nacional, el Acuerdo 23 de 1973 y el 290 de 1986 por indebida aplicación, circunstancia por la cual los actos administrativos acusados: Resolución 1191 del 4 de Diciembre de 1987, 055 de Abril 5 de 1988, y Resolución 618 de Mayo 9 de 1988, deben ser anuladas en cuanto determinan la sanción por no matricularse a tiempo por valor de $12.125.119, suma que por haber sido consignada por la sociedad según comprobante de pago Nº 13569 del 23 de Diciembre de 1987 deberá reintegrar la Secretaría de Hacienda Municipal de Pereira a la contribuyente, más los intereses comerciales corrientes solicitados por la demandante y que a juicio de la Sala son los previstos por el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, causados desde la fecha de consignación (Diciembre 23 de 1987) hasta el momento en que efectivamente se efectúe su devolución.

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 la autoridad de la ley

FALLA:

1) Anúlanse las Resoluciones números 1191 de 4 de Diciembre de 1987; 055 de Abril 5 de 1988 y 618 de Mayo 9 de 1988, proferidas por la Secretaría de Hacienda Municipal y el Alcalde del Municipio de Pereira respectivamente, en cuanto imponen sanción de DOCE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL CIENTO DIEZ Y NUEVE PESOS ($12.125.119), por no matricularse a tiempo " a la Sociedad PLANTA TERMINAL DE DISTRIBUCION DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETROLEO DEL CENTRO S.A." "TERPEL DEL CENTRO", por el período comprendido entre el 1º de Diciembre de 1974 y 30 de Junio de 1975.

2) Como consecuencia, la Tesorería Municipal de Pereira reintegrará a la Sociedad PLANTA TERMINAL DE DISTRIBUCION DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETROLEO DEL CENTRO S.A. "TERPEL DEL CENTRO", la suma de DOCE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL CIENTO DIEZ Y NUEVE PESOS ($12.125.119), más los intereses comerciales corrientes causados desde el día 23 de Diciembre de 1987, fecha de consignación de la sanción (Recibo # 13569), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL. DEPARTAMENTO- Régimen Aplicable

Tanto la Ley 3/86, como el Decreto 1222 del mismo año, se refieren es a las normas de carácter constitucional y legal, pero no a las de carácter reglamentario, relacionadas con la organización y funcionamiento de los departamentos y por lo tanto, no pueden invocarse como fundamento de una derogatoria de un artículo de un decreto reglamentario, como lo es el artículo 9º del Decreto 1095/ 84. Por lo tanto, si dicho artículo se encuentra vigente las autoridades departamentales deben acatarlo, de acuerdo con la naturaleza de su competencia en materia impositiva.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 9º del Decreto 615/89 del Gobernador de Risaralda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 2833. Apelación auto de Diciembre 4 de 1989, del Tribunal de Risaralda, en juicio de nulidad contra el artículo 9º del Decreto Ordenanza Nº 615 de 31 de Julio de 1989, expedido por el Gobernador de Risaralda. Actor : Francisco Javier Llano R. Auto.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderada por el Departamento de Risaralda contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 4 de Diciembre de 1989, por medio del cual se decretó la suspensión provisional del artículo 9º del Decreto 615 del 31 de Julio de 1989 expedido por el Gobernador del citado Departamento.

ANTECEDENTES:

Mediante el citado Decreto 615 del 31 de Julio de 1989, el Gobernador, en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas por la Asamblea Departamental de Risaralda, expidió el Código de Rentas del Departamento y en su artículo 9º dispuso:

> "ARTICULO 9º .- LIQUIDACION DEL IMPUESTO. El impuesto sobre el consumo de tabaco y cigarrillo deberá liquidarse por períodos vencidos quincenales, sobre las entregas realizadas por los distribuidores en tales períodos y será pagado dentro de los diez (10) días siguientes a tal liquidación".

Dicho artículo fue demandado y solicitada su suspensión provisional.

El Tribunal Administrativo de Risaralda decretó la suspensión provisional con fundamento en los siguientes argumentos que coinciden con los del peticionario:

El Decreto Reglamentario 1095 de 1984, artículo 9º establece la forma como debe liquidarse el impuesto sobre consumo de tabaco y cigarrillo a que se refiere el artículo 73 de la ley 14 de 1983 y dispone que "deberá liquidarse por períodos vencidos de *15 días calendario*, sobre las entregas realizadas por distribuidores en tales períodos, y será pagado dentro de los *15 días calendario* siguientes a tal período". (Se subraya).

Y el artículo demandando modifica dichos términos, en cuanto dispone que la liquidación debe hacerse "*por períodos vencidos quincenales*". Y será pagado dentro de los *diez días* siguientes a la liquidación. (Se subraya).

Y precisó el *a quo*, que las facultades de las Asambleas deben ejercerse con sujeción a las normas superiores y que en materia impositiva ".....solo pueden proceder cuando la ley las autorice para ello y dentro de los lineamientos que ella misma les imponga".

Y como lo dispuesto por el acto demandando, no coincide con lo ordenado por el decreto reglamentario, concluye que la violación es manifiesta.

EL RECURSO DE LA APELACION:

La apoderada judicial del Departamento de Risaralda interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve y aunque solicita que se revoque el "auto controvertido" la Sala entiende que el recurso se refiere a la medida cautelar de suspensión provisional.

Argumenta la recurrente que la norma citada y considerada como violada: el artículo 9º del Decreto Reglamentario 1095 de 1984 no pudo ser desconocida por el acto demandado, porque dicha norma fue derogada al no ser incluida en el decreto 1222 de 1986, de acuerdo con lo establecido con el artículo 339 del citado decreto, según el cual ".....están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración departamental no codificadas en este estatuto".

Por otra parte, se refiere al artículo 142 del Decreto 1222 de 1986, según el cual "El sistema de pago de los impuestos de consumo de cigarrillo será reglamentado por el Gobierno y mientras dicha reglamentación entra en vigencia, los pagos se efectuarán de acuerdo con el sistema normativo actualmente operante en las entidades territoriales de la República".

Y anota que dicha norma, posterior al decreto 1095 de 1984 "...abrió la posibilidad de que las entidades territoriales siguieran operando bajo el sistema imperante para la época en materia de liquidación de impuestos de cigarrillos, ocupándose del tema de manera expresa".

Por último afirma que el acto acusado no es violatorio del artículo 191 de la Constitución Nacional "...pues no se ha impuesto para nada una contribución fuera de lo previsto por la ley, ni tampoco se ha desconocido el sistema tributario nacional al establecer y organizar el impuesto que nos ocupa, por lo tanto, no se presenta omisión al numeral 1º del artículo 62 del Decreto 1222 de 1986."

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala no es válido el argumento fundamental del recurso, en el sentido de que el artículo 9º del Decreto Reglamentario 1095 de 1984 debe considerarse derogado por no haber sido incluido en el Decreto 1222 de 1986.

Según el literal b) del artículo 35 de la ley 3 de 1986 se revistió al Presidente de la República para codificar las disposiciones *constitucionales y legales vigentes* para la organización y el funcionamiento de las administraciones departamentales. No se refirió a las normas de carácter reglamentario y por eso, el decreto 1222 de 1986 en el artículo 339, invocado por la recurrente, dispuso que "...están derogadas las normas de carácter

legal sobre organización y funcionamiento de la administración departamental no codificadas en este estatuto". (Se subraya).

O sea que tanto la ley 3 de 1986, como el decreto 1222 del mismo año, se refieren es a las normas de carácter constitucional y legal, pero no a las de carácter reglamentario, relacionadas con la organización y funcionamiento de los departamentos y por lo tanto, no pueden invocarse como fundamento de una derogatoria de un artículo de un decreto reglamentario, como lo es el artículo 9º del decreto 1095 de 1984.

Por lo tanto, si dicho artículo se encuentra vigente, las autoridades departamentales deben acatarlo, de acuerdo con la naturaleza de su competencia en materia impositiva.

Precisado lo anterior y para efectos de la suspensión provisional, observa la Sala, que evidentemente al acto demandado y suspendido, modifica los términos relacionados con la liquidación y pago del impuesto al cigarrillo y al tabaco, pues mientras en la norma superior se establece un término de 15 días *calendario* para hacer las liquidaciones, en el acto demandado se establece para el mismo efecto un término de "...períodos vencidos *quincenales*" y para el pago, la norma reglamentaria señala un término de *15 días calendario* y el acto impugnado lo establece de "...*10 días* siguientes a la liquidación.

Así las cosas, hizo bien el Tribunal *a quo* al suspender provisionalmente el artículo 9º del Decreto 651 de 1989 del Gobernador de Risaralda, en cuanto de su simple comparación con el artículo 9º del Decreto 1059 de 1984 surge la manifiesta violación de la norma superior, tal como lo exige el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989.

Por lo anterior el recurso no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DECLARACION TRIBUTARIA - Valor Probatorio. **PRUEBA CONTABLE. PASIVO. PRUEBAS**

No es de recibo desconocer el valor probatorio de la declaración tributaria de los acreedores, por no estar acreditado por el certificado de la Cámara de Comercio, en algunos casos, que los acreedores lleven su contabilidad registrada en la Cámara de Comercio, entre otras razones porque las pruebas presentadas llevan a la convicción de la existencia del pasivo a cargo de la sociedad o si se toma de otra manera, al convencimiento de que no puede ser 'renta capitalizada' de un contribuyente el 'crédito' oportunamente denunciado en su activo por otro contribuyente, al cual la Administración se lo consideró como patrimonio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº. 2461 (ACUMULADO) Actor : Sánchez Paredes y Cía. Ltda. contra la Nación. Impuesto Renta - Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Delegado del Director de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 4 de junio de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las

súplicas de la demanda en el juicio de revisión de impuestos intentado por la sociedad SANCHEZ PAREDES Y CIA. LTDA. contra el acto administrativo de determinación del impuesto de renta por el año gravable de 1979, al cual se acumularon las demandas de sus socios: Grupo Inversionista Ltda.; Guillermo Sánchez Rueda; Hilmar F. Pipe y Cía Ltda.

ANTECEDENTES

La sociedad Grupo Inversionista Ltda., de la cual son socios los contribuyentes: SANCHEZ PAREDES Y CIA. LTDA., Guillermo Sánchez Paredes, Hilmar F. Piper y Hilmar Pipe Cía. Ltda. presentó la declaración del impuesto sobre la renta por el año de 1979, oportunamente.

La Administración de Impuestos mediante requerimiento y en razón de que la contribuyente no identificó, conforme con lo exigido en el Artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, los acreedores de las deudas declaradas, le propuso el desconocimiento del pasivo solicitado y la determinación de la renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios.

Como la sociedad no dio respuesta al requerimiento, la administración le determinó la renta por el sistema de comparación de patrimonios y consecuencialmente varió la distribución de renta a los socios incrementándoles el valor de su participación.

Acto administrativo contra el cual recurrió la sociedad, pretendiendo probar los pasivos a cargo con certificaciones expedidas por el Banco Mercantil y Granahorrar, certificado del Revisor Fiscal, así como con las declaraciones de renta de SANCHEZ PAREDES Y CIA. LTDA., Rodríguez Camacho Ltda., Asesores y Servicios S.A., Inversiones y Asesorías Abrisqueta, Estrella del Norte, Iránculis ltda. y Rodríguez Camacho Asociados, y solicitando además la práctica de una inspección ocular a su contabilidad, logrando únicamente en la vía gubernativa el reconocimiento del pasivo a favor del Banco Mercantil e intereses sobre cesantías y aportes, aceptados por la Administración en razón de la certificación bancaria y el certificado del Revisor Fiscal. Con relación a la certificación del pasivo con la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, no se tuvo en cuenta al fallar el recurso administrativo, en razón de que dicho pasivo ya había sido aceptado por la oficina liquidadora y no rechazado para efectos de la comparación.

Inconformes tanto la contribuyente como sus socios, acudieron en demanda de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca alegando violación de los Artículo 32, 42, 49 y 59 de la ley 52 de 1977; 62, 65, 70 y 89 del Decreto 1651 de 1961; 1º, 8 y 9 de la Ley 145 de 1960 y 110 del Decreto 2053 de 1974.

Los socios a su vez solicitan la nulidad de las liquidaciones a ellos practicadas, y piden que se les practique una nueva con base en el fallo que se profiriera a la sociedad en donde se les fije una participación fiscal de acuerdo con el resultado que se produzca para la sociedad y así mismo solicitan que sus procesos se acumulen al de la sociedad Grupo Inversionista Ltda., se observan las pruebas en conjunto, y se distribuya el patrimonio nuevamente, en razón de que la Administración pese a reconocer parcialmente el pasivo, no modificó su reparto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda de la sociedad Grupo Inversionista Ltda., al estimar que el pasivo por $3'664.635,50 estaba suficientemente acreditado con las declaraciones de renta presentadas por los acreedores en donde en el rubro "Cuentas por Cobrar" se registró al valor del pasivo a cargo del Grupo Inversionista Ltda., coincidiendo con lo consignado en el formulario, declaraciones que consideró como prueba suficiente, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 14 del Decreto 3803 de 1982, invocado en la demanda; como consecuencia practicó una nueva liquidación por el sistema ordinario, y modificó las liquidaciones oficiales practicadas a los socios para ajustarlos a las resultas de la demanda de la sociedad.

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada apela el fallo, al estimar que para probar el pasivo a cargo de la sociedad, no era suficiente su relación en las declaraciones de los acreedores, máxime si se tiene en cuenta su carácter de socios, la no demostración de la existencia del registro de sus libros de contabilidad en la respectiva Cámara de Comercio, y que además la accionista fue renuente a presentar la respectiva prueba contable solicitada por la Administración.

Que la única prueba idónea, según su concepto, era el análisis completo de cada una de las contabilidades de los socios, previa verificación de su registro legal ante la Cámara de Comercio.

CONCEPTO DEL FISCAL

La Señora Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar denegarse las pretensiones de la demanda de la sociedad "Grupo Inversionista Ltda." y las súplicas de las sociedades socias y sus socios, pues estima que:

"...la legislación tributaria vigente en el momento de surtirse la actuación demandada, plasmada en el Artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, supeditaba

el reconocimiento fiscal de las deudas a la conservación de los documentos cancelados por el término de revisión oficiosa, o sea que las deudas que los contribuyentes pretendieran hacer valer ante la Administración, debían constar por escrito, en documento de fecha cierta, pues en cualquier momento podrían ser exigidos por la Administración. La anterior exigencia para aquellos contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, implica que el registro contable de estos pasivos, debe acomodarse de manera perfecta al Artículo 40 del Decreto 2821 de 1974 que sujeta el valor probatorio de la contabilidad a que los libros estén registrados, que se lleven debidamente y *que estén respaldados por comprobantes internos y externos.*

Existiendo en el caso específico de los pasivos una disposición expresa sobre las formalidades de su aceptación la idoneidad de la prueba presentada para demostrarlos, tal como lo dispone el inciso 2º del Artículo 32 de la Ley 52 de 1977, dependía del debido cumplimiento de las exigencias de la ley fiscal...

Examinada la certificación expedida por Contador Público sobre la contabilización efectuada por la sociedad (visible al fl. 19 c.p.) del movimiento de sus pasivos y particularmente las cuentas con socios, encontramos que en todos los casos la contabilización solo se aportó en comprobantes de diario que tienen el carácter de internos sin que se haga referencia alguna en el certificado de los soportes externos que eran necesarios por tratarse de transacciones con terceros.

De manera que, como bien es sabido que el comprobante de diario es un documento interno elaborado por la misma sociedad y en el cual se debería hacer mención del soporte externo, independientemente del registro contable, la demandante con respecto a sus pasivos no demostró haber cumplido con la prueba específica exigida por la ley para su reconocimiento el documento externo en que constara por escrito la obligación". (fls. 192 a 194 c.p.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que el motivo fundamental de la apelación por parte de la entidad demandada, está constituido por la aceptación por parte del Tribunal de las declaraciones de renta de los acreedores como prueba del pasivo rechazado por la Administración, ya que en ningún momento se ha acreditado que aquellos llevaran su contabilidad registrada.

Analiza entonces la Sala el valor probatorio de las declaraciones tributarias de los terceros, para demostrar los pasivos solicitados por la actora frente a la normas que regulan la materia.

Disponen:

a) El artículo 36 de la Ley 52 de 1977:

"Los hechos consignados en las declaraciones de terceros, o en respuesta de éstos a requerimientos administrativos, relacionados con obligaciones tributarias del contribuyente, se tendrán como testimonio, sujeto a los principios de publicidad y contradicción de la prueba.

Cuando el contribuyente invoque tales testimonios, éstos surtirán efectos, siempre y cuando las declaraciones o respuestas se hayan presentado antes de haber mediado requerimiento o practicado liquidación a quien los aduzca como prueba".

b) El Artículo 14 del Decreto 3803 de 1982:

"El incumplimiento de lo dispuesto en los Artículos 6 a 10, 12 y 13, acarreará el desconocimiento de los pasivos y deducciones correspondientes, a menos que se pruebe que las cantidades respectivas y sus rendimientos, fueron oportunamente declarados por el beneficiario".

Es preciso analizar entonces, si las declaraciones de renta de los acreedores aportadas al proceso, fueron presentadas antes del requerimiento practicado a la sociedad "Grupo Inversionista Ltda", para darles la consecuencia prevista en las normas transcritas...

"Asesores y Servicios S.A:". Nit: 60.002.683. Presentó declaración de renta 00290 - 730 DIN el 21 de abril de 1980, y en el anexo de Cuentas por Cobrar figura una suma de $465.136., a cargo de "Grupo Inversionista Ltda." y manifiesta en el formulario, que lleva libros registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá por el sistema de causación.

"Inversiones y Asesorías Abrisqueta Iráculis y Cía S.C.A." Presentó declaración de renta 000244 - 725 DIN el 15 de abril de 1980, registra el crédito a su favor y a cargo de "Grupo Inversionista Ltda." por $1'126.219,50, además como lo manifiesta el *a-quo* hay constancia del registro de su contabilidad en la Cámara de Comercio y certificación de Contador Público sobre el asiento correspondiente.

"Estrella Norte Ltda.". Presentó declaración de renta 00553 - 713 DIN el 21 de abril de 1980, en ella manifiesta llevar contabilidad por el sistema de causación, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, y en el anexo oficial 5 declara el crédito a cargo de "Grupo Inversionista Ltda." por $708.369.

El certificado del Contador Público hace constar la existencia del crédito con base en los libros y cita los comprobantes de diario respectivos.

"SANCHEZ PAREDES Y CIA. LTDA." presentó su declaración de renta 00063-334 DIN el 11 de abril de 1980, manifiesta llevar contabilidad

por el sistema de causación y registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, afirmación ésta que aparece confirmada con certificado de la Cámara de Comercio.

En el anexo 5 figura el crédito a su favor y a cargo del "Grupo Inversionista Ltda." por $733.660., cuya existencia certifica Contador Público.

"Rodríguez Camacho y Asociados Ltda.". Presentó la declaración de renta 00007 - 726 DIN el 14 de abril de 1980, en el cual afirma que lleva contabilidad por el sistema de causación, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, y en el anexo oficial 5 relaciona el crédito a cargo del "Grupo Inversionista Ltda." por $312.250.

"Hilmar Piper y Cía. Ltda. presentó declaración 000249 - 727 DIN el 21 de abril de 1980, en la cual manifiesta llevar contabilidad por el sistema de causación, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá y en la que figura el crédito a cargo del "Grupo Inversionista Ltda." por valor de $319.000.

Obra a folio 144 del cuaderno de antecedentes administrativos de la sociedad "Grupo Inversionista Ltda." el original de requerimiento Nº 1877 previo a la liquidación de revisión cuya fecha 4 de noviembre de 1981, evidencia que fue practicado con posterioridad a la fecha de presentación de las declaraciones tributarias de los acreedores de los pasivos solicitados por la sociedad y rechazados por la Administración, razón por la cual debe admitirse el valor probatorio de los documentos mencionados de acuerdo con el Artículo 14 del Decreto 3803 de 1982, invocado por la demanda.

No es de recibo la manifestación hecha por el apoderado judicial de la entidad demandada de desconocer el valor probatorio de la declaración tributaria de los acreedores, por no estar acreditado con el certificado de Cámara de Comercio, en algunos casos, que los acreedores lleven su contabilidad registrada en la Cámara de Comercio, por las siguientes razones:

1. Porque el inciso 2º del Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, presume la existencia de la contabilidad en todos los casos en que la ley impone la obligación de llevarla.

2. Porque la aseveración que de llevarla hacen los acreedores, en su declaración de renta, goza de la presunción de veracidad que ampara tales denuncios fiscales, no controvertidos ni desvirtuados por la Administración.

3. Porque el certificado del Contador Público presentado por la sociedad en el proceso contencioso, debe valorarse como prueba con base en lo dispuesto por el Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, porque presumido por la ley que los acreedores llevan contabilidad registrada, el certificado del

Contador es válido en principio y pueda dársele el alcance probatorio que le atribuye la Ley 145 de 1960 y Artículo 98 de la Ley 9a. de 1983.

4. Porque analizadas con sana crítica el conjunto de pruebas presentadas llevan a la convicción de la existencia del pasivo a cargo de la sociedad o si se toma de otra manera, al convencimiento de que no puede ser "renta capitalizada" de un contribuyente el "crédito" oportunamente denunciado en su activo por otro contribuyente, al cual la Administración se le consideró como patrimonio.

Se aparta la Sala en esta ocasión del planteamiento de su colaboradora Fiscal Sexta, por considerar que su razonamiento sobre la prueba de los pasivos montados en la obligación de conservar los documentos de cancelación durante el término de revisión (Artículo 124 Decreto 2053 de 1974), obligación combinada con la de la fuerza probatoria de los asientos contables respaldados por aquellos como comprobantes externos, son de una innegable lógica en cuanto la contabilidad sea la única prueba aducida por el contribuyente. Pero no pueden ser de rigurosa y única aplicación cuando existen otros elementos como la identificación oportuna de los acreedores (hecha en la declaración o en la respuesta al requerimiento especial, Artículo 43 Ley 52 de 1977), la declaración oportuna y completa del acreedor (Decreto 3803 de 1982, Artículo 14), la misma contabilidad con registros correlativos a la operación de crédito, bien soportados, y aún con defectuosa contabilidad cuando se presente documento auténtico y de fecha cierta que demuestre la deuda en forma inequívoca.

En consideración a lo dicho la Sala estima que la sentencia que reconoció el controvertido pasivo, merece confirmación.

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:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Causación. **BIEN PRIMARIO** - Cebada. **VENTA EXENTA**

El método utilizado para procesar la cebada sólo sirve para conservar su naturaleza y evitar el desarrollo de gérmenes nocivos, y como el decreto no se refiere a método alguno de procesamiento para su conservación, se trata entonces de bienes primarios en estado natural que no causan impuesto por su venta.

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia

Siempre ha sido doctrina de la Sección Cuarta de la Corporación la de hacer pronunciamiento de fondo cuando el acto administrativo demandado ha dejado de existir por cuanto durante su vigencia y con fundamento en sus disposiciones se han podido producir actos administrativos de naturaleza concreta que han podido incidir en la esfera de las personas qué con una decisión inhibitoria se verían afectadas en su derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta

Bogotá, D.E., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº. 0032. Actor : Ligia Sarmiento de Peña C/ Gobierno Nacional. Autoridades Nacionales. Fallo

La ciudadana y abogada LIGIA SARMIENTO DE PEÑA formuló demanda de nulidad de la posición 11.07 del art. 2º ; capítulo XI, del Decreto Reglamentario 2810 de 1974 y la suspensión provisional con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

a) Que es nula y debe suspenderse provisionalmente la clasificación NO CAUSA dada a la malta o cebada comprendida en la posición 11.07 contenida en el artículo 2º Capitulo XI del Decreto 2810 de 1974, que establece: "Para efectos del impuesto sobre las ventas, el tratamieto de bienes tanto nacionales como importados, clasificados en el Arancel de Aduanas, es el siguiente:

11.07 Malta, incluso tostada NO CAUSA".-

b) Que en consecuencia a la malta o cebada malteada comprendida en la posición antes mencionada le corresponde la calificación de producto EXENTO.

La actora estima que la norma acusada violó los artículos 2º y 8º del Decreto 1988 de 1974.-

Argumenta que por el artículo 2º del Decreto 1988 de 1974, "El Impuesto grava a la venta de bienes corporales muebles procesados, la importación de éstos y la prestación del servicio expresado en el presente decreto y conforme lo dispone el artículo 8º ibídem están exentos del impuesto a las ventas los artículos alimenticios no gravados específicamente, entendiéndose en el parágrafo del mismo artículo, por tal "todo producto natural o artificial que ingerido aporta al organismo humano nutrición o energía necesarias para el desarrollo de los procesos biológicos". En consecuencia al calificar la norma demandada a la malta , como "NO CAUSA" quien la produce no tiene derecho a descontar los impuestos de adquisición de los elementos que constituyen costos y gastos e imposibilita además a los productores de malta o cebada malteada , obtener la devolución de los saldos a su favor por impuestos pagados en la adquisición de elementos constitutivos de costos y gastos de producción y venta, determinándose en la práctica un gravamen para los productos clasificados como "NO CAUSA" y encareciendo por tanto los alimentos.-

En cambio bajo la clasificación de EXENTOS se tiene derecho a la devolución de lo que se paga por impuesto a las ventas al adquirir elementos que constituyen costos y gastos de producción y venta en la producción de malta.-

Igualmente considera que "Al clasificar la malta dentro de los productos denominados "NO CAUSA" de hecho se está gravando un producto alimenticio, presentándose así una evidente contraposición entre la norma legal que ordena que las ventas de artículos alimenticios deben ser exentos

del impuesto a las ventas (No. 1. Art. 8º. D.L. 1.988/74) y la norma reglamentaria que la clasifica como no causa (Posición 11.07 Art. 2º D.R. 2810/74). Si ninguna norma específica gravó la malta con el impuesto sobre las ventas ya que el espíritu de la ley tributaria fue de no encarecer los productos de consumo popular, resulta obvio la contraposición entre la norma causada y las normas que considero violadas: La primera dice que la malta, incluso tostada, NO CAUSA el impuesto y las segundas establecen la EXENCION del impuesto sobre las ventas para productos alimenticios y por consiguiente el derecho a obtener la devolución de los impuestos pagados por el productor".-

Al proceso se le dio el trámite legal y se decretó la Inspección Judicial con intervención de peritos, a las instalaciones de la sociedad MATERIAS DE COLOMBIA S.A., (fls. 57 a 58) cuyo dictamen obra a folios 59 a 68.-

PARTE IMPUGNADORA

La Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de su delegado, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes argumentaciones: 1a: Derogación tácita o subrogación de la norma demandada por disposición posterior. Transcribe tanto el artículo 2º del Decreto Reglamentario 2810 de 1.974, ahora demandado, como el artículo 59 del Decreto 3541 de 1983 (I.V.A) que se produjo en forma total la disposición demandada que es posterior y de superior jerarquía por tratarse de un decreto extraordinario con fuerza de ley (ver. art. 53, ley 9a. de 1983), por lo que considera se halla sin vigencia la disposición impugnada. Pide a la Corporación que se abstenga de producir fallo de fondo por sustracción de materia.-

b) La Malta es un producto alimenticio primario en estado natural. Afirma que de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 1.988 de 1.974 la importación o la venta de bienes muebles procesados constituyen el hecho generador del impuesto a las ventas. No obstante el artículo 8º *ibídem* al considerar a los artículos alimenticios no gravados específicamente como "exentos" crea la excepción a la norma legal.-

Al contrario "no causan" el gravamen los bienes corporales muebles no procesados, esta es, los primarios en su estado natural, aunque sufran un proceso simple para su conservación o aprovechamiento; los inmuebles y los incorporales o intangibles.-

Divide, con el Decreto 1988/74 los productos alimenticios en cuatro grupos, así:

"a) Bienes naturales que no causan el impuesto;

"b) Bienes naturales con un proceso elemental para su conservación o aprovechamiento, que no causan el impuesto;

"c) Bienes procesados exentos del impuesto; y,

"d) Bienes procesados que por norma especial son objeto del gravamen;

"Por lo tanto, para establecer con toda precisión, si un producto alimenticio está EXENTO del impuesto, o si NO CAUSA el mismo, es necesario determinar si son procesados o no".-

"Serán EXENTOS los productos alimenticios si el proceso a que se les someten, no solamente tienen a su conservación, aprovechamiento, adecuación o adaptación para ser ingeridos por el hombre, sino que busca la elaboración de un producto nuevo cuya base fundamental es un producto natural. Se trataría de un verdadero proceso de transformación industrial que comprende modalidades físicas, biológicas y químicas que hacen del producto alimenticio un producto totalmente diferente a la materia prima utilizada para tal fin". Como en el caso del "yogur" y el "Kumis" que son los productos finales de un proceso industrial, en el que se utiliza la leche como materia prima esencial,-

"Los obtiene con un posición química diferente a la de la leche, dotados de características orgánicas y organoléticas distintas y de acción fisiológica *sui generis*".-

"Y NO CAUSAN el gravamen, aquellos productos alimenticios primarios en su estado natural que hayan soportado procesos simples y elementales para su conservación y aprovechamiento, entendiéndose por tal el proceso mediante el cual el alimento se adapta y adecua para ser ingerido por el ser humano".-

"Este ese el caso de la MALTA, definida según el Diccionario de Terminología Química de José R. Barceló como "la cebada germinada parcialmente, y luego secada, que se usa para la alimentación y fabricación de cerveza" (Informe pericial rendido por los doctores Eduardo Calderón Gómez y Mario Convers Rubio, pág. 1a.).-

Se apoya en el concepto de los peritos en el cual transcribe en parte, al igual que la definición dada por las notas explicativas de la nomenclatura de Bruselas para la clasificación de las mercancías en los aranceles de aduana de la posición 11.07 MALTA INCLUSO TOSTADA. Y termina diciendo: "De lo anterior se concluye fácilmente que el alimento descrito en la posición 11.07 MALTA INCLUSO LA TOSTADA es un alimento primario y en estado natural que ha sufrido un simple proceso de adecuación o adaptación para su aprovechamiento por el hombre y por tanto, NO CAUSA el impuesto a las ventas".

PARTE DEMANDANTE

En su alegato de conclusión transcribe la parte del dictamen pericial atinente a la condición de alimento de la malta y dice: "La malta o cebada malteada, producto de la germinación parcial de la cebada conserva, modificados o no, todos los nutrientes básicos de la cebada.... La malta es en consecuencia un alimento". (fl. 63). Estima de acuerdo con lo anterior, que al clasificar a la malta es la posición 11.-07 se quebrantan los artículos 2º y 8º del decreto 1.988 de 1.974, pues se trata de un alimento procesado que debe ser exento del impuesto y al clasificarla como "no causa" impuesto a las ventas es nula.-

MINISTERIO PUBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, ejercido en esa fecha el Doctor Alvaro Lecompte Luna, solicita sentencia inhibitoria dado que la norma demandada, que era de carácter reglamentario, es hoy norma legal sustantiva por disposición del Decreto Ley 3541 de 1.983 en el cual dispuso en el artículo 59

"Los siguientes se hallan excluidos del impuesto y por consiguiente su venta o importación no causa el impuesto a las ventas".-

"POSICION ARANCELARIA	DENOMINACION DE LA MERCANCIA
11.07	Malta, Incluso Tostada"

En relación con la nueva situación dice el señor Fiscal:

"En otras palabras, el artículo 59 del Decreto 3541 de 1.983 mantuvo a la misma posición que sentó la disposición reglamentaria aquí demanda, o para expresarlo mas claramente, elevó ésta a la categoría legislativa, lo cual, obviamente sustraería, la materia del radio de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo".-

Si esto es así: "La sentencia que recayera sobre el caso *sub judice* habría de ser inhibitoria, ya por sustracción de materia, ya porque el asunto sería de la esfera de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Corte Suprema".-

"Sinembargo, es bueno y útil recordar que el H. Consejo de Estado ya tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la nulidad (sic) "dada a las harinas de cereales en el Decreto número 2810 de 1.974, posición 11.01 del capítulo XI, del artículo 2º; y en su lugar se declara que tales artículos (productos) corresponden a la clasificación de exentas" sent. de 13 de marzo de 1.978,

Sala Plena, Expediente 3394, Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero, reproducida en el texto "Impuesto sobre las ventas 1.974-1.978" por Héctor Raúl Corchuelo N. y Rodrigo Monsalve".-

"De suerte que es ahora el propio legislador extraordinario el que ha clasificado como no causante a la "malta incluso tostada" porque lo tiene como producto alimenticio secundario. Es ya una clasificación legal, del mismo rango que el Decreto Ley 1.988 de 1.974, pues no otra cosa es el decreto ley 3541 de 1.983. - Teniendo esto de presente, resulta completamente superfluo que en este momento haya que hacer juegos dialécticos acerca de si la malta o cebada malteada es un alimento primario o secundario; pues es la propia ley (Decreto-Ley) la que le ha dado el carácter de secundario, el que le daba la norma reglamentaria.- Los efectos de esta se han prolongado en el tiempo por querer del legislador extraordinario".-

"De allí que en este caso concreto, la Fiscalía concluye que hay sustracción de materia porque, no hay duda que el decreto reglamentario No. 2810 de 1.974, en lo que atañe a la posición 11.07, del artículo 2º del capítulo XI, desapareció de la vida jurídica positiva y porque sus efectos que siempre tuvo por su presunción de legalidad, se han prolongado, en este momento con categoría de ley. Así se conceptúa con todo respeto".-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con la petición del señor Agente del Ministerio Público en el sentido de que se declare la inhibición por sustracción de materia por cuanto el Decreto Reglamentario 2810 de 1.974, en relación con la posición arancelaria 11.07 dejó de tener vigencia, se decide que siempre ha sido doctrina de la Sección Cuarta de la Corporación la de hacer pronunciamiento de fondo cuando el acto administrativo demandado ha dejado de existir por cuanto durante su vigencia y con fundamento en sus disposiciones se han podido producir actos administrativos de naturaleza concreta que han podido incidir en la esfera de las personas que con una decisión inhibitoria se verían afectadas en su derecho.- Esta posición doctrinaria se reitera en esta oportunidad.-

La demandante solicita que se declare nula la posición 11.07 del artículo 2º Capítulo XI, del Decreto 2810 de 1.974, mediante el cual se reglamentaron en forma parcial los decretos 1.988 y 2368 de 1.974 reguladores del impuesto sobre las ventas, por considerarlo violatorio de los artículos 2º y 8º del Decreto 1.988 de 1.974. Así mismo solicitó la suspensión provisional de la norma cuestionada, la que fue negada por auto de 24 de febrero de 1.986 al no encontrar contradicción en los textos respectivos de manera ostensible y manifiesta, como lo considera la actora.-

Mediante Inspección Judicial practicada a la sociedad MALTERIAS DE COLOMBIA S.A. (Sede Calle 31 No. 13A-79 Bogotá), y previo estudio

realizado por los peritos nombrados al efecto, se comprobó que la producción de malta no está sometida totalmente a las fuerzas naturales, sino que la germinación del grano se efectúa en forma controlada por el hombre, en instalaciones de tipo industrial, esto es en, donde se controlan las condiciones y variables naturales, para regular y modificar el proceso natural y obtener un resultado distinto al que se presentaría si la sola naturaleza interviniera (fl. 60), con lo cual se comprueba que la producción de malta, utilizada en la fabricación de cerveza, tiene como materia prima un cereal ya sea cebada, trigo, avena o centeno, pero como dicen los peritos a folio 65: b) Debe sufrir: "Dicha materia prima" un proceso de adaptación o transformación, más o menos complejo que lleva a un producto final bastante diferente de la materia prima".-

Procede observar que el nuevo estatuto del impuesto a las ventas incluye, al igual que el ahora demandado entre los productos que no causan (art. 59, decreto 3541/83) la malta, incluso tostada con la misma posición arancelaria, debido precisamente a que para su utilización como tal la (malta) debe sufrir un proceso de adaptación como lo dice el dictamen pericial antes transcrito, en parte.-

Estima la actora que se ha violado por la norma acusada el artículo 8º del Decreto 1.988 de 1.974 que dispone: "Están exentas del impuesto, las ventas de: "Artículos alimenticios no gravados específicamente...".-

"Parágrafo: Por producto alimenticio se entiende todo producto natural o artificial que ingerido aporta al organismo nutrición y energía necesaria para el desarrollo de los proceso biológicos.....".-

Considera que la malta siendo un producto alimenticio debe ser exenta del gravamen como dice la norma copiada. Pues bien: a la pregunta formulada por el Consejero Sustanciador a los peritos de "si la malta sin un proceso de transformación que la haga apta para ser ingerida por el organismo humano, es alimento" (fl. 67) manifestaron haber expresado ya que la malta no es otra cosa que la semilla germinada" de los cereales, cuya germinación ha sido controlada por el hombre, en un proceso industrial...".-

"Como todos los cereales su ingestión directa, sin ningún proceso de transformación, resultaría inadecuada para el hombre por la dificultad que presentaría su digestión. De allí que todos los granos deban sufrir alguna clase de transformación, sea durante la "cocción", sea durante la fermentación, o en cualquier otro tipo de proceso. Un ejemplo es sin duda el arroz, que aunque en estado crudo deba considerarse un alimento, su ingestión por el hombre solo puede hacerse después de hidratado (cocción en agua), lo que ablanda el grano, hidrata los almidones del mismo y hace mucho más digestible el producto final. No es el caso de la alimentación animal cuyo sistema digestivo aceptan la cebada y la malta como alimento directo".-

"Con las consideraciones anteriores, podríamos contestar que, si bien la malta es un alimento para animales, sin un proceso previo de transformación que la haga digerible, *no es un alimento apto para el consumo humano*". (Subrayas de los peritos).-

De lo anterior concluye la Sala que, de acuerdo con la clasificación hecha por el decreto 1988 de 1.974. puede catalogarse la malta dentro "bienes naturales con un proceso elemental para su conservación y aprovechamiento que no causan el impuesto".-

Y con ello reitera lo dicho en sentencia del 18 de julio de 1.984 (radicación 5985) Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Anales Primer Semestres de 1.984, páginas 132 a 138), en la cual se dijo:

"De conformidad con el artículo 2º del Decreto 1988 de 1.974, uno de los hechos generadores del impuesto lo constituye la venta de los bienes muebles procesados. Sin embargo dicho artículo 2º expresamente excluye del gravamen, como bienes NO PROCESADOS, los bienes primarios en estado natural aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o APROVECHAMIENTO". Es decir, que el legislador no estima como pertenecientes al grupo de los bienes procesados muebles, aquellos primarios en estado natural que requieren de un proceso simple, elemental para lograr su conservación o para poderlos utilizar o aprovechar".-

"De conformidad con el artículo 8º del mismo estatuto están exentas del impuesto a las ventas de productos alimenticios no gravados específicamente. Supone, entonces la norma que se trata de productos alimenticios procesados para distinguirlos de los no procesados (Según el artículo 2), que no causan el gravamen, y lo estiman exentos del impuesto, salvo aquellos que normas legales especiales hayan señalado como gravables".-

"Resulta clara esta clasificación, pues lo contrario sería concebir un absurdo en el legislador al declarar en su artículo 2º como bienes no objeto del gravamen lo bienes alimenticios naturales o sometidos a un proceso elemental y, más adelante en el artículo 8º señala los mismos bienes como exentos".-

Igualmente el dictamen pericial (fl. 65), dice que la malta proveniente de cereales como la cebada, sufre proceso *biológico* de maduración o germinación natural que no puede considerarse como "elaboración de tipo industrial (sic) y además ha sufrido un proceso típicamente industrial, consistente en la "tostación" *sin que éste último haya alterado sustancialmente ni la apariencia exterior del grano ni su constitución química íntima*. Y más adelante continúa "Consideramos en consecuencia que no debe considerarse la malta como alimento no-primario, *sino que ha sufrido una "tostación"*

similar a la "cocción" de cualquier otro alimento primario". (Lo subrayado es del texto).-

El concepto anterior fue acogido por la Corporación en sentencia del 7 de octubre de 1.976, radicación No. 3443 sobre nulidad de parte del artículo 2º del Decreto 2810 de 1.974, demandante: José Cortés Castillo, Consejero Ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Anales del Consejo de Estado, segundo Semestre de 1.976, págs. 211 a 215, luego de transcribir y estudiar el artículo 2º del Decreto 1.988 de 1.974, considerado como violado, tanto en la sentencia referida en esta demanda dijo: "El principio general consiste en que solo se gravan los bienes corporales muebles *procesados* y algunos de servicios".-

"Se causa el impuesto en el momento de la venta de estos bienes o en el de prestación de los servicios".-

"2º.- No se consideran *procesados* los bienes primarios en estado natural aunque se les haya sometido a un *proceso* elemental, que no cambie su naturaleza primaria y solo sirva para *conservarlos*, o sea para que no se dañen o se pudran , a fin de que puedan aprovecharse o consumirse. La venta de estos bienes sometidos a proceso elemental no es objeto de gravamen es decir que no causa el gravamen en tanto que la venta *de los mencionados en el numeral primario sí los causa".*

"Están *exentas* las ventas de aquellos bienes que según el principio general causarían el impuesto, pero que por disposición especial concreta de la ley, se les *exime de pagarlo...*".-

De la lectura del dictamen pericial y particularmente de la parte transcrita se infiere que el método utilizado para procesar la cebada solo sirve para conservar su naturaleza y evitar el desarrollo de gérmenes nocivos, y como lo dice la sentencia referida: "el decreto no se refiere a método alguno de procesamiento para su conservación, de modo que se trata *de bienes primarios en estado natural* que no causan impuesto por su venta".-

Finalmente el punto discutido fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, al encontrar exequible la posición arancelaria 11.07 contenida en el artículo 59 del decreto 3.541 de 1.983 que es la misma contenida en la norma demandada: Artículo 2º Capítulo XI del Decreto 2.810 de 1.974. "11.07 Malta, incluso tostada, NO CAUSA".-

Sobre tal materia dijo la Corte en sentencia de once (11) de mayo de 1.989 (I-C-D-T. Boletín No. 1003 páginas 661 a 673, Magistrado ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora: "Al examinar los artículo 2º y 3º del Decreto Legislativo de Emergencia 1.988, encuentra la Corte que la interpretación del consejo de Estado se ajusta a la realidad".-

"En efecto, el artículo 2º, en forma inequívoca señala los bienes que causan el gravamen (muebles corporales procesados) luego, al agregar dicha disposición que "no se consideran procesados los primarios en estado natural, aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o aprovechamiento", *a contrario sensu,* está afirmando que tales bienes no causan el gravamen".-

"La razón natural de las cosas enseña que cuando se hace una excepción es porque lo exceptuado no está comprendido en la regla; aplicando este axioma al caso presente, no sería lógico sostener que un bien que no se halla sujeto al "gravamen del valor agregado (IVA) antes llamado "impuesto a las ventas" está exenta de él si en principio no se le ha gravado. Por consiguiente, los artículos alimenticios que señala el artículo 8º. como "exentos" no pueden ser otros que los procesados no gravados específicamente".-

"La definición de "producto-alimenticio" que trae el parágrafo de este artículo lo reafirma la existencia de alimentos naturales y de los procesados, dice así: "por producto alimenticio se entiende todo producto natural o artificial que ingerido aporta el organismo humano nutrición y energía para el desarrollo de los procesos biológicos.....".-

"Además, la lista de los alimentos que grava específicamente el artículo 7º (goma de mascar, bombones, confites, caramelos, chocolatinas, aceite de oliva, licores y vinos), permite igualmente inferir que los alimentos exentos necesariamente son los procesados ya que todos lo gravados son de esa categoría".-

"El hecho de que la mayoría de las posiciones arancelarias objeto de este proceso correspondan a las contenidas en los Decretos Reglamentarios 2.810 de 1.974 y 2.803 de 1.975, que fueron halladas legales por el Consejo de Estado en sentencia de octubre 7 de 1.976 y septiembre 14 de 1.984, significa que el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con el cual fueron juzgadas dichas disposiciones, fue el mismo que tuvo en cuenta el legislador extraordinario para considerar en el artículo 59 del Decreto 3.541 de 1.983, que la venta de productos alimenticios allí contenidos "NO CAUSA" el gravamen por ser varios de ellos" bienes primarios en estado natural" o con "algún proceso elemental para su simple conservación o aprovechamiento", cumpliendo así el límite que le impuso la ley 9a. de 1983.

La corte por tal razón, encuentra exequible la clasificación "NO CAUSAN" para los productos alimenticios, de las posiciones 2.01 a 2.06, 3.01 a 3.06.....11.07 impugnada en este proceso....".-

Como se ha visto , la Corte en la sentencia anterior al conocer en sede constitucional de la demanda contra el artículo 59 del Decreto Extraordinario

3541 de 1.983, declaró exequible al fijar la posición 11.07 la clasificación de NO CAUSAN acogiendo doctrina anterior de esta Corporación.-

En razón a lo anterior 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:

DENIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.-

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala*; Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SUSTRACCION DE MATERIA .Procedencia (salvamento de voto)

Estimo que el fallo no ha debido ser de mérito sino inhibitorio por sustracción de materia, tal como lo solicitó la parte demandada y la Fiscalía Tercera del Consejo de Estado, toda vez que la disposición acusada no regía al momento de producirse el fallo del cual me aparto. Al fallar de mérito sobre norma derogada, la Sección contraría la jurisprudencia de la Sala Plena sobre éste aspecto de la sustracción de materia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Referencia: Expediente Nº.0032 Actor: Ligia Sarmiento de Peña.

Dejo consignadas a continuación las razones que me mueven a disentir, con todo respeto del fallo que pone fin al presente proceso:

En primer lugar, estimo que el fallo no ha debido ser de mérito sino inhibitorio por sustracción de materia, tal como lo solicitó la parte demandada y la Fiscalía Tercera del Consejo de Estado, toda vez que la disposición acusada no regía al momento de producirse el fallo del cual me aparto.

En segundo lugar, porque estimo que al fallar de mérito sobre norma derogada la Sección contraría la jurisprudencia de la Sala Plena sobre éste aspecto de la sustracción de materia y en especial la contenida en la providencia que a continuación se transcribe:

«El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra en acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación.

«Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla: el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden en la definición de la litis. De allí que sí el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional, en este evento, carecería de objeto. «(sentencia de II de julio de 1962, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta, Expediente No 929, Anales del Consejo de Estado, pág. 232).

Guillermo Chahín Lizcano

Fecha ut supra

SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia. **FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS**

Como los actos administrativos suspendidos, sometieron a los créditos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras a prelación de créditos, contrariando la letra y el espíritu del artículo 18 de la ley 117/85 que los excluyó , su contradicción con esta norma superior de la ley es palmaria.

Confirma la suspensión provisional del acápite 1.1 de la Resolución 3580 de 1987 (agosto 21) proferida por la Superintendencia Bancaria que dice: "El fondo de Garantías de Instituciones Financieras será tenido en cuenta para el pago de los anteriores créditos como cesionario de las acreencias comprobadas por esa institución, según consta en la documentación que se ha allegado al proceso liquidatorio. Monssa, Continental `En liquidación.¨.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

Bogotá, D.E., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente Nº.2841 Actor :Fondo de Garantías e Instituciones Financieras C/ Superintendencia Bancaria. Autoridades Nacionales. Auto.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la Superintendencia Bancaria , contra el auto de once (11) de mayo de 1990, proferido por esta Sección, mediante el cual se suspendió provisionalmente el acápite 1.1 de la resolución 3.580 de 1.987 (agosto 21) proferida por la Superintendencia Bancaria que dice: "El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras será tenido en cuenta para el pago de los anteriores créditos como cesionario de las acreencias comprobadas por esa institución, según consta en la documentación que se ha allegado al proceso liquidatorio. Monssa, Continental. "En Liquidación".

La recurrente en su escrito plantea la posibilidad de que no se dé la violación de norma superior en los términos requeridos por el artículo 152 del C.C.A., porque estima que los créditos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, están sometidos a prelación de créditos, ya que "la liquidación de una institución financiera en (sic) un procedimiento complejo que guía no sólo por las normas generales , contenidas en el Código Civil sino por las contendidas en leyes especiales, como la ley 45 de 1923, los decretos 2216 y 2217 de 1.982 y 1.215 de 1.984 , entre otros, es claro que no es posible deducir infracción a la citada norma proveniente de su simple lectura, toda vez que los actos acusados involucran la alusión a preceptos contenidos en los estatutos mencionados.-Igualmente para desentrañar el sentido del tantas veces mencionado artículo 18 es necesario hacer relación al contexto íntegro de la ley de la cual hace parte."-

"Así las cosas, y como quiera que de los actos acusados se infiere que existe un problema de interpretación cuya causa esta en la vigencia de la ley en el tiempo, es claro, que no puede proceder la suspensión provisional, habida cuenta que "*prima facie*" no es posible determinar infracción a la ley".-

Antes de hacer referencia al argumento del recurrente, especialmente al de un posible conflicto de vigencia de la ley en el tiempo, es conveniente transcribir apartes de la exposición de motivos de proyecto de ley 119/85 que luego se convirtió en la Ley 117 de 1.985.-

En cuanto al objeto y funciones del Fondo, dice la exposición de motivos:

"*El artículo 2º. comprende como objeto general del Fondo la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras afiliadas*, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios a los accionistas y a los administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras; determina además este artículo funciones específicas constitutivas de su objeto, los cuales, en concordancia con las operaciones autorizadas por el artículo 9. las facultades especiales atribuidas al Fondo por los artículos 10 y 11 y, las limitaciones a sus facultades

contempladas en el artículo 17, constituirán el marco de actividad de la entidad".-

Refiriéndose a la "sustentación del sistema financiero en la confianza pública y en la solidez monetaria, en la exposición de motivos, se lee:

"El prestigio, la reputación, el *good will*, de las personas que manejan el crédito y el ahorro, son valores que pertenecen también al conglomerado social y su cuidado y fortalecimiento son causa común.- Si bien es cierto que en algunos casos no es fácil distinguir entre las personas naturales y las instituciones financieras , pues hay nombres y apellidos que se confunden con la fama de la actividad de crédito que desempeñan, el prestigio creado por el aprovechamiento del ahorro de todos, va mas de ser un bien particular, aunque tenga en el derecho privado un título de dominio".-

"Cualquier impacto sobre la seriedad y solidez de las instituciones financieras recae sobre toda la comunidad y no solamente sobre los derechos individuales como quiera que los hábitos de ahorro de economizar, de prever al ser conculcados sufren y se socaba la noción del crédito, esencia del sistema económico que nos rige y fundamento básico de la vida moderna".

"De aquí la evolución perfeccionista de las instituciones monetarias y la creación en otros países de seguro de depósito y del Fondo de Garantías, remedios sin los cuales los quebrantos en el sistema económico serían mas graves y perturbadores".

"Recuérdese lo que representaba un desbarajuste financiero cuando aún no había alcanzado su actual desarrollo la banca central y la política monetaria. La bancarrota de John Law en el siglo XVII, por ejemplo, retrasó en cien años la evolución en las concepciones del crédito y la moneda.- En Colombia, aún en las décadas del veinte y del treinta la memoria todavía vive de los desastres monetarios de fines del siglo pasado era un lastre para el desarrollo de las instituciones financieras y para el mismo desarrollo económico del país".-

Y en cuanto a la justificación institucional del Fondo, expone:

"La crisis financiera de 1.982 obligó a la adopción de medidas de emergencia dentro de los esquemas legales y constitucionales, al alcance del Estado, como los de la intervención y la liquidación subsiguiente de algunos intermediarios financieros, y como la nacionalización a manera de intervención estatal en la economía, para lograr la capitalización y cambio de administración de determinadas instituciones."-

"Los análisis mas recientes de la situación de la banca resaltan fenómenos como los de su cuantiosa y creciente cartera vencida que, convirtiéndose en

dudoso recaudo, se traduce necesariamente en pérdida del capital de dichas entidades.- La cartera de dudoso recaudo, a su vez, hace que los flujos de caja reales sean inferiores a los contables, con la aparición de los siguientes fenómenos: las deficiencias de caja afectan su estado de pérdidas y ganancias que a su vez, se ve afectado por las provisiones necesarias de cartera.- En la medida en que el resultado financiero sea incapaz de absorber las pérdidas operacionales de la entidad, necesariamente se afecta también su patrimonio. Frente a este proceso de deterioro, los problemas de liquidez del mecanismo, bancario se vislumbran, pues, como una manifestación de situaciones críticas en su flujo de caja, en su estado de pérdidas y ganancias y en la situación patrimonial."-

Con este propósito en mente el Fondo de Garantías está llamado a constituirse en una institución de naturaleza privada con la suficiente agilidad para cumplir su cometido, dirigiendo de manera eficiente los recursos, disponibles hacia el fortalecimiento y capitalización del sistema financiero con la meta de afianzar la confianza pública en el aparato financiero y de defensa del interés de depositantes y ahorradores".-

Los apartes de la exposición de motivos de la ley 117 de 1.985 explican suficientemente la norma contenida, en los artículos 2º y 18 de la Ley los cuales expresa: Artículo 2º : El objeto general del Fondo consistirá en la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras".-

"ARTICULO 18: "Pago de Acreencias en Liquidaciones.- El pago de las obligaciones a favor del Fondo y de aquellas derivadas de la utilización de operaciones de préstamos o de redescuento con el Banco de la República y de las obligaciones en moneda extranjera derivados de depósitos constituidos por dicha entidad en los establecimientos de créditos gozarán del derecho de ser excluidos de la masa de la liquidación de instituciones financieras y del Fondo."-

Como los actos administrativos suspendidos, sometieron a los créditos del Fondo Financiero de Instituciones Financieras a prelación de créditos, contrariando la letra y el espíritu del art. 18 de la ley 117/85 que los excluyó, su contradicción con esta norma superior de la ley es palmaria.- Por todo lo cual la Sala mantiene la providencia recurrida.-

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

RESUELVE:

NO REPONER EL AUTO RECURRIDO

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. BASE GRAVABLE. DEVOLUCION

Uno es el procedimiento mediante el cual la Administración puede modificar el valor del impuesto del período fiscal que resulte conforme con la declaración y liquidación privada presentada por el contribuyente, y otro muy distinto el relacionado con las devoluciones de impuestos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

Bogotá, D.E. ,veintiocho (28) de Septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente N°.2465 Actor :Monsanto Colombiana Inc. Impuesto Ventas-Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 18 de mayo de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que le negaron la devolución del impuesto sobre las ventas por los períodos gravables del IV bimestre de 1976 al IV bimestre de 1.982.

ANTECEDENTES

La actora presentó solicitud de devolución sobre los saldos a favor que arrojaron sus declaraciones tributarias del impuesto sobre las ventas

correspondiente a los bimestres IV, V y VI de 1976 hasta el IV bimestre (jul- agt) de 1982 inclusive por valor total de $7'580.126., solicitud sobre la cual la Administración de Impuestos previa inspección contable, realizó un exhaustivo análisis de las declaraciones de ventas de la sociedad, bimestre por bimestre, desconociendo por Resolución 00177 de febrero 8 de 1984, impuestos descontables por valor de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS ($5'718.640),. determinación con la cual el saldo que ordenó devolver se redujo a $ 1'718.486.

Posteriormente, al encontrar inconsistencias en los valores consignados en la Resolución 00177 de febrero 8 de 1984, la Administración la aclaró mediante la Resolución 00112 de abril 27 de 1984.

Contra dichas Resoluciones la sociedad contribuyente interpuso recurso de reposición ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá la cual, mediante Resolución 000114 del 24 de abril de 1986, le reconoció un saldo crédito por valor de $5'016.217., por los bimestres IV de 1976 a IV de 1982.

Inconforme la contribuyente, acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los Artículos 11 y 15, inciso 1o. y 9o. del Decreto 2821 de 1974; 25 inciso 1o.; 47 y 57 numeral 3 de la ley 52 de 1977; 20 del Decreto Reglamentario 825 de 1978; 27 del decreto 1494 de 1978: 9o. de la ley 145 de 1960 ; 15 del Decreto 3803 de 1982 y 98 de la ley 9a. de 1983, porque según su concepto, vencido el término que la Administración tenía para practicar liquidación de revisión, único medio válido para desestimar los impuestos descontables, no podía negarse a devolver las sumas a favor que arrojan las liquidaciones privadas del impuesto al haber quedado en firme por el transcurso del tiempo. Que la Administración no podía mediante las Resoluciones acusadas rechazar impuestos descontables por los bimestres IV de 1976 a IV de 1982, por no existir norma legal que autorizara tal proceder, lo que implica que al haberlo hecho, se produjo su nulidad, de acuerdo con los Artículos 57, numeral 6o. de la ley 52 de 1977 y 152, numeral 4o. del código de Procedimiento Civil, por seguir un procedimiento contrario al establecido en la ley y no haber dado a la certificación contable el valor de plena prueba.

Pide entonces , se declare la violación de las normas invocadas y la anulación de los actos demandados en cuanto rechazan devolver $821.210., y se restablezca el derecho a la devolución pedida, ordenando el reintegro de la suma negada, mas los intereses que ordena la ley.

Reitera la petición de declarar la violación de las normas señaladas en la demanda y como consecuencia, la anulación de los pactos que rechazan $821.210. de impuestos descontables y la correspondiente devolución.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las peticiones de la extensa demanda y luego de hacer un exhaustivo análisis de cada uno de los impuestos rechazados y su fundamento (pág. 10 a 12 de la sentencia),estimó que no existía violación de los Artículos 11 y 15 inciso 1 y 9 del Decreto 2821 de 1974 y 25 , 41 y 47 de la ley 52 de 1977 porque señalan el término dentro del cual la Administración puede practicar la liquidación de revisión, mientras que los actos acusados se limitan a negar parcialmente una devolución debido a deficiencias probatorias y que da otra parte, del hecho de no haber encontrado la Administración materia revisable, no surge automáticamente el derecho a la devolución solicitada, porque ésta se causa con el cumplimiento de los requisitos exigidos para su viabilidad.

Que la legislación del impuesto sobre las ventas estructura como actos independientes y autónomos, la práctica de la liquidación de revisión y el procedimiento de las devoluciones.

En cuanto al rechazo de impuestos descontables, se observa que los pagados en Aduana por $789.938., obedeció a la falta de certificación de depósito definitivo para determinar la oportunidad del descuento (Artículo 6 del Decreto 849 de 1979); No.11.604, por adolecer de fecha de aplicación del descuento, pues la fotocopia presentada es ilegible y $487., por ser diferencia resultante entre el descuento solicitado y lo comprobado con facturas. Los impuestos liquidados por obtención de servicios en cuantía de $5.810., por falta de comprobación pues pide como descuento $113.579. y sólo prueba $107.786., y el valor de $19.668., por cuanto las facturas aportadas sólo comprueban $116.134., en vez de $135.802., pedidos. Consideró en consecuencia, ajustados a la ley los mencionados rechazos y ausencia de violación de las normas invocadas en la demanda.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora manifiesta que el valor rechazado por la Administración fue de $845.423. y no de $827.507. que dice el Tribunal, que el *a-quo* sólo se refirió a uno de los cuatro grupos de normas violadas expuestas en el acápite "Disposiciones Violadas" y no estudió lo referente al hecho de haberse seguido un procedimiento diferente al previsto en la ley, para rechazar impuestos descontables, que considera no pueden enjuiciarse en el acto administrativo que concede o niega la devolución; y que al haber rechazado parcialmente la solicitud de devolución por diferencia probatoria, se quitó valor probatorio al certificado del Revisor Fiscal.

Que el 18 de junio de 1987 presentó fotocopia de dos de los depósitos provisionales Rentas de Aduana por $ 501.800 y $71.455., que sólo presentó

en la vía contenciosa por primera vez (pág. 10 de la apelación, folio 328 del Cdno. Ppal.); pide en consecuencia , se aprueben las peticiones de la demanda.

OPOSICION A LA APELACION

La Dirección de Impuestos mediante apoderado judicial se opone a la pretensión de la apelación, porque cuando en virtud del Auto Comisorio V-00076 de abril 21 de 1983, se practicó inspección contable a la sociedad, ésta presentaba atraso en el registro de sus operaciones contables y que sólo hasta agosto 25 de 1982, se llevó a cabo el registro del asiento contable, reiniciando en enero de 1983. Lo que indica que hubo violación de los artículos 33 del Decreto 2821 de 1974; 56 del Decreto 3803 de 1982; 53,59 del Código de Comercio, 84 de la Ley 09 de 1983 y que además el contribuyente no cumplió con los requisitos exigidos por el Artículo 25 del Decreto 2815 de 1974, al solicitar la devolución.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, pide que se confirme la sentencia apelada porque a su juicio la devolución está condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 25 del Decreto 2815 de 1974, entre ellos "una relación de facturas o documentos que dieron origen al descuento con indicación de sus números y fechas", que omitió cumplir la sociedad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al sustentar el recurso de apelación, la actora manifiesta que el Tribunal Administrativo no analizó los cuatro grupos de normas violadas señalados en el acápite "Disposiciones Violadas " y que estima necesario que esta Corporación se pronuncie al respecto, porque al fallar el Tribunal sólo tuvo en cuenta las deficiencias probatorias.

Las supuestas violaciones en que incurrió la Administración a juicio de la actora obedecen al hecho de que al conocer de la solicitud de devolución se aplicó un procedimiento diferente al establecido por la ley para modificar una declaración de ventas, pues al resolver sobre las mismas se rechazaron impuestos solicitados como descuento que sólo podían desconocerse en virtud de liquidación de revisión.

Para la Sala, uno es el procedimiento mediante el cual Administración puede modificar el valor del impuesto del período fiscal que resulte conforme a la declaración y liquidación privada presentada por el contribuyente, y otro muy distinto el relacionado con las devoluciones de impuestos.

En esencia para que se reconozca el derecho a la devolución de los saldos a favor que arrojen las liquidaciones privadas por pagos en exceso o por superar los impuestos descontables el valor del impuesto aplicable a las bases gravables, es necesario que las sumas denunciadas como pagadas, o como impuestos cancelados en la adquisición de materia prima, efectivamente se hayan pagado o causado conforme lo requiere la ley y solicitado con el lleno de los requisitos de oportunidad y forma por ella exigidos.

Obviamente para que se de el derecho a la devolución, debe existir una diferencia entre el impuesto a cargo y el realmente pagado por el contribuyente, sin que sea posible solicitar el reconocimiento o devolución de una suma no cancelada o pagada a la Administración.

Así mismo ésta no podría devolver sumas no recibidas o que recibidas no den derecho a descuento conforme con las normas impositivas, porque ello sería arrogarse atribuciones no previstas en la ley.

De ahí la necesidad de la verificación de los pagos que por concepto de impuestos sobre las ventas realizó el responsable y de su calificación como descontable para efectos de la devolución, sin que por este proceder de la Administración pueda inferirse violación del procedimiento, pues el Artículo 27 del Decreto 1494 de 1978, prevé el rechazo total o parcial de la devolución pedida al margen de la liquidación de revisión que se practique.

Cosa distinta, es la determinación del gravamen aplicable al hecho generador del impuesto, acaecido en cabeza del contribuyente, denunciado originalmente en su liquidación privada que legalmente está sometida a un proceso de verificación y revisión que puede culminar con la liquidación oficial de revisión que determina el impuesto a cargo o a favor, los descuentos aceptados o negados y las sanciones correspondientes.

Por esta circunstancia no se configuraron las violaciones alegadas en la demanda y además porque el Artículo 11 del Decreto 2821 de 1974, fue subrogado por el 49 de la Ley 52 de 1977 y de igual forma el inciso 1º de su Artículo 15.Y así mismo no se violó el inciso 9º (transitorio) por las razones anotadas.

Tampoco se desconoce con ocasión de la no aceptación de impuestos, como pagados, la firmeza de la liquidación privada presentada por el contribuyente, porque con tal acto la Administración no le modifica el impuesto cuantificado por el contribuyente, ni las normas del proceso de liquidación le son aplicables al caso de devoluciones .

Así mismo el hecho de que la Administración no practique la liquidación de revisión de que trata el Artículo 27 del Decreto 1494 de 1978, incide en la validez del acto administrativo que ordena, rechaza o acepta parcialmente la

devolución de acuerdo con las normas señaladas como violadas, ya que tal acto puede ser previo a la práctica de la liquidación de revisión y es independiente de que ésta se practique o no.

No existe la violación invocada del Artículo 57 numeral 3º de la Ley 52 del 1977, que se refiere a la nulidad de los actos de liquidación de impuestos y de resolución de recursos, cuando no se notifican dentro del término legal, pues en ningún momento el demandante ha alegado extemporaneidad en la notificación del fallo del recurso por la vía gubernativa.

En la sustentación, la recurrente centra su incorfomidad en el hecho de no haberse reconocido por el Tribunal el impuesto a las ventas pagado por la importación de los insumos empleados en la producción , a pesar de haber allegado prueba contable sobre este aspecto y acompañado con ocasión de la demanda las copias de los comprobantes de Rentas por Cobrar y los Depósitos provisionales Renta Aduana expedidas por el Banco de la República así como los manifiestos de importación.

Observa la Sala que efectivamente obran en el proceso, por haberlos acompañado a la demanda (fls. 275 a 280) y posteriormente con ocasión de la apelación (fis. 334 a 339), las fotocopias autenticadas de los siguientes comprobantes:

- Comprobante de Rentas por Cobrar· #273823 de febrero 25 de 1980, correspondiente al Depósito Provisional de Aduana (Banco de la República) # 84725 de febrero 7 de 1980 y al Manifiesto de Importación No 4531 de febrero 7 de 1980 (Aduana 02), por valor de $71.455.

- Comprobante de rentas por Cobrar # 3893 de febrero 16 de 1980 por valor de $501.800., correspondiente al Depósito Provisional Banco de la República #115775 de febrero 6 de 1980 y Manifiesto de Importación # 3795 de febrero 6 de 1980 (Aduana Cartagena).

Las anteriores pruebas se admiten en esta oportunidad con base en lo dispuesto por el Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en razón de que su autenticidad no ha sido cuestionada por la demanda ni por el Agente del Ministerio Público y que por haber sido anunciadas en la demanda y aportadas antes de la fijación en lista, debieron ser apreciadas por el Tribunal.

En consecuencia, el impuesto pagado en Aduanas y probado según dichos documentos por valor total de $573.255., se reconoce en esta oportunidad, pero la escueta petición del "pago de los intereses que ordena la ley" no puede atenderla la Sala en razón de la falta de sustentación y claridad, ya que sobre esta materia existen diversas disposiciones legales que consagran el derecho a intereses pero con base y resultados distintos (Decreto 2821 de 1974, Artículo 30; Decreto 3541 de 1983, Artículo 31 C.C.A Artículos 140

y 177) que ha debido precisar el demandante. No habiéndolo hecho, resulta imposible acceder a una pretensión sin fundamentación legal.

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. Declárese como saldo adicional a favor de la sociedad MONSANTO COLOMBIANA INC. NIT :60.025.234 la suma de QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS ($573.255) por concepto de Impuesto a las Ventas del primer bimestre de 1980.

3. Ordénase a la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el reintegro de la mencionada cantidad.

4. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SECCION QUINTA

ACTO ELECTORAL. NOTIFICACION POR ESTRADOS. DEMANDA ELECTORAL. CADUCIDAD

La notificación de los actos declaratorios de elección popular por producirse éstos en diligencia pública como continuación del escrutinio general, se efectúa en estrados. El término de 20 días a que se refiere el artículo 7º de la Ley 14/88 debe comenzar a contarse a partir del siguiente a aquél en que se profiere el acto declaratorio de la correspondiente elección, descontando los días de vacancia judicial. Contados los veinte días para la caducidad de la acción a partir del 14 de marzo de 1990, por ser éste el día hábil siguiente al de la notificación por estrados, ese término feneció el 18 de abril del mismo año.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente : *Doctor Amado Gutiérrez Velázquez.*

Referencia: Expediente Nº.0391.- Recurso de apelación contra el auto de 31 de mayo de 1990, por el cual se inadmitió la demanda de nulidad de la elección del Alcalde de Icononzo para el período 1990-1992. -Actor.: Luis Angel Martínez Sendoya.-

Conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 232 del C. C. A., de plano se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de la referencia, en virtud del cual el H. Tribunal Administrativo

del Tolima inadmitió demanda de nulidad electoral "...por haberse dado el fenómeno de la caducidad".-

ANTECEDENTES:

1.- Obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, el señor Luis Angel Martínez Sendoya demandó ante el mencionado Tribunal la nulidad de las actas parcial y general de escrutinios de los votos emitidos en los comicios del 11 de marzo de 1990 para elegir Alcalde de Icononzo en cuanto por esas actas la Comisión Escrutadora Municipal hizo y confirmó la declaratoria de elección del señor Jorge Ortegón para el cargo a que se alude, actas que, afirma el demandante, "...son nulas, bien por falsedad o aprocrificidad de los respectivos registros electorales, o bien por falsedad o aprocrificidad de los elementos que sirvieron para su información...".- Que decretadas las nulidades impetradas debe ordenarse, en consecuencia, la cancelación de la credencial del señor Jorge Ortegón como Alcalde de Icononzo para el período 1990-1992 y los avisos del caso.-

2.- La demanda en cuestión fue presentada el día 23 de abril de 1990, "...oportuna en el tiempo", como se apresura a advertirlo el actor con apoyo en singular tesis que parte del supuesto desconocimiento de la fecha de notificación del acto impugnado por no haberse publicado conforme lo dispone la Ley 57 de 1985; no obstante lo cual agregó: "...pero para los efectos previstos en el artículo 7º de la Ley 14 de 1988, modificatorio del artículo 28 de la Ley 78 de 1986, puede tenerse como notificación al público o publicación la lectura que de los mismos debió hacerse el día domingo 18 de marzo pasado, en la Delegación Departamental del Estado Civil, por parte de los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, conjuntamente con la de declaración de elección de todos los demás Alcaldes del Departamento del Tolima y los integrantes de los cuerpos colegiados de elección popular".-

3.- El H. Tribunal Administrativo del Tolima, para inadmitir la demanda considera, con base en el acervo probatorio aportado, que si el acto de declaración de elección del Alcalde de Icononzo se produjo el día 13 de marzo de 1990 como conclusión de la diligencia pública de escrutinio municipal, debe entenderse que en esa misma fecha se surtió la notificación por estrados de ese acto.- Y que siendo, como en efecto lo es, que el término perentorio de veinte días para la caducidad de la acción electoral, en el caso en examen, comenzaba a correr el 14 de marzo, precluía el 18 de abril retropróximo, descontados los días de vacancia judicial.- De allí concluye que la demanda presentada el 23 de abril de 1990 resultó a todas luces extemporánea, en relación con el término para la caducidad de la acción.-

4.- Contra ese auto el actor interpuso y sustentó en oportunidad recurso de apelación, para que "...el superior revoque la decisión negativa del Tribunal y ordene la tramitación del juicio electoral", pues argumenta que el término

de caducidad de la acción no puede comenzar a correr mientras la correspondiente declaración de elección no reciba la obligatoria publicidad mediante su inserción en el Diario Oficial o en cualquiera de los medios a que se refiere la Ley 57 de 1985.- Agrega: "...La naturaleza y alcance de dichos actos señalan inconfundiblemente que deben ser publicados para que puedan ser conocidos por todos los ciudadanos y no solamente por la habitantes de determinado municipio o circulo comprometido burocráticamente o por aficiones políticas en los menesteres electorales".

CONSIDERACIONES:

El artículo 7º de la Ley 14 de 1988, modificatorio del 28 de la Ley 78 de 1986, dispone:

> "La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual de declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata".

Y el artículo 325 del C. P. C. preceptúa:

> "Notificación en audiencias y diligencias. Las providencias que se dicten en el curso de las audiencias y diligencias, se considerarán notificadas el día en que estas se celebren, aunque no hayan concurrido las partes".

Esta norma, aplicable por la remisión general que ordena el artículo 267 del C. C. A., prevé la notificación en estrados como medio legal de enteramiento de proveídos, siempre y cuando hubiesen sido emitidos en el curso de una audiencia o diligencia, razón por la cual la Sección ha venido sosteniendo el criterio de que la notificación de los actos declaratorios de elección popular, por producirse éstos en diligencia pública como continuación del escrutinio general, se efectúa en estrados.- Precisamente ese criterio lo acoge el mismo apelante cuando sostiene que "...puede tenerse como notificación al público o publicación la lectura que debió hacerse el día domingo 18 de marzo pasado, en la Delegación Departamental del Estado Civil...", con la aclaración de que allí no tenía por qué incluirse la del acto declaratorio de la elección del Alcalde de Icononzo, por cuanto ésta fue efectuada por la comisión escrutadora municipal el martes 13 del mismo mes. -Con ello simplemente se dio aplicación a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 62 de 1988, subrogatorio del Art. 166 del Código Electoral, que atribuyó a las comisiones escrutadoras municipales la declaración de elección de concejales y alcaldes, y la expedición de las respectivas credenciales, función que antes correspondía a los Delegados del Consejo Nacional Electoral en el escrutinio general efectuado el domingo siguiente al de las elecciones.-

Por lo mismo, el término de veinte días a que se refiere el Art. 7º de la Ley 14 de 1988 debe comenzar a contarse a partir del siguiente a aquel en que se profiere el acto declaratorio de la correspondiente elección, descontando los días de vacancia judicial que para todos los efectos legales son los sábados y domingos, festivos, cívicos y religiosos que determine la ley y aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho, conforme se desprende de armonizar los artículos 4º del Decreto 1975 de 1989, 62 de la Ley 4a. de 1913 y 121 del C. P. C., aplicable por la remisión del artículo 267 del C. C. A.

Ahora bien, como resulta del acta de escrutinio municipal obrante en autos, correspondiente a los comicios del 11 de marzo de 1990 en Icononzo, la declaratoria de elección de Alcalde Municipal, al igual que la de concejales, se produjo el martes 13 de marzo siguiente, fecha en la que se efectuó, en diligencia pública y como continuación del escrutinio general, la notificación de dicho acto.-

En lo pertinente reza esa acta:

"ACTA GENERAL DEL ESCRUTINIO MUNICIPAL.- En el Municipio de Icononzo, Departamento del Tolima, siendo las 9:20 A.M., del 13 de marzo de 1990, en el sitio designado por el registrador Municipal mediante la Resolución # 007 del 10 de marzo de 1990, se reunieron los señores Aura Daliz Cortés Muñoz y Blanca Alexandra Sierra en su carácter de miembros de la Comisión Escrutadora Municipal, con el objeto de practicar el escrutinio municipal de los votos emitidos en este municipio para consulta popular, Senado, Cámara, Asamblea, Concejo Municipal y Alcalde en los comicios efectuados el 11 de marzo de 1990, declarar la elección correspondiente y expedir las credenciales respectivas...

Finaliza el escrutinio a la 1:20 P.M. Hecho el cómputo de los votos emitidos para cada corporación cuyos resultados se consignan en las respectivas actas parciales del Escrutinio Municipal, los Miembros de la Comisión Escrutadora, dando aplicabilidad al artículo 172 de la C. N., declararon electos a los concejales municipales y al Alcalde de Icononzo (Tolima) para el período constitucional 1990 - 1992, a los ciudadanos que se relacionan en las respectivas actas parciales, las cuales hacen parte de la presente acta. Acto seguido se expidieron las credenciales y se ordena que por secretaría se haga entrega a los elegidos..." (fls. 1 a 4).-

De allí que con acierto, al absolver el interrogante planteado por la Magistrada ponente del Tribunal *a-quo* en relación con la fecha de notificación del acto declaratorio de la elección del Alcalde Municipal de Icononzo, los señores Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para ese

Departamento expresaron, mediante oficio 1774 datado en Ibagué a 8 de mayo de 1990:

> "...La notificación de los actos declaratorios de elección popular, caso sub-lite, por producirse estos en diligencia pública, como continuación del escrutinio municipal o general, se efectúa en estrados, así no concurran las partes conforme a lo establecido en el articulo 325 del Código de Procedimiento Civil, o sea, en la misma fecha del acto administrativo..." (fl. 23).-

Entonces, contados los veinte días para la caducidad de la acción a partir del 14 de marzo de 1990, por ser éste el día hábil siguiente al de la notificación por estrados, ese término feneció el 18 de abril del mismo año, por lo que a la fecha de presentación del libelo demandatorio en examen, el 23 de abril de 1990, se había producido la caducidad de la acción, como bien lo declaró el *a-quo* en la providencia impugnada.-

Resta anotar que en parte alguna ordena la ley que los actos administrativos electorales deban ser publicados del modo previsto en la Ley 57 de 1985, pues para que produzcan efectos jurídicos solo se requiere de su notificación, no como lo sugiere el recurrente sino del modo señalado en las normas procedimentales pertinentes.-

Las anteriores consideraciones bastan para concluir que el recurso de apelación interpuesto no está llamado a prosperar y, por ende, el auto objeto de la alzada se debe confirmar.-

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

RESUELVE:

Confirmar el auto de 31 de mayo de 1990, mediante el cual el cual del H. Tribunal Administrativo del Tolima inadmitió la demanda de la elección del Alcalde de Icononzo (Tolima) para el periodo 1990-1992, propuesta en su propio nombre por el señor Luis Angel Martínez Sendoya.-

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

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Euclides Londoño Cardona, Presidente de Sala*; Miguel González Rodríguez; Amado Gutiérrez Velázquez; Jorge Penen Deltieure;*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA RECURSOS. DEMANDA ELECTORAL - Requisitos. PRESUPUESTO MUNICIPAL. COMPETENCIA FUNCIONAL

Por mandato expreso de la ley procesal contencioso-administrativa, el auto admisorio de la demanda no es susceptible de recurso alguno y, en consecuencia, mal podría fundarse el recurso de apelación que se ejercite contra el mismo auto, en cuanto por él se decrete la suspensión provisional solicitada por el actor, en esa circunstancia de que la certificación o constancia sobre el presupuesto del municipio, no discrimina entre rentas ordinarias y transferencias, y por lo mismo no se sabe cuál es el "presupuesto anual ordinario". El no acreditar de manera fehaciente el presupuesto anual ordinario del municipio, lo que podría originar sería la falta de competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, para reconocer del recurso de apelación ejercitado y, en manera alguna, la revocatoria del auto de suspensión provisional, que en el evento de no haberse podido acreditar dicho presupuesto debía dictarse por el Tribunal en pleno, si es que se admitió la demanda sin tener esa circunstancia en cuenta, pero con la posibilidad de que contra la providencia se ejercitara el recurso de reposición, y no el de apelación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., treinta (30) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº.0408. Apelación del auto de mayo 23 de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, por el cual se decretó la suspensión provisional del acto de declaratoria de elección del señor JAIRO GONGORA MONROY, como concejal suplente del municipio de Cajamarca, para el período 1990-1992. Actor : JORGE EMILIO SUAREZ VELANDIA.

El ciudadano Luis Angel Martínez Sendoya, al momento de solicitar que se le tuviera como parte impugnadora de la acción electoral promovida por Jorge Emilio Suárez Velandia, contra el acto de declaratoria de elección del señor Jairo Góngora Monroy, como concejal suplente del municipio de Cajamarca, para el período constitucional 1990-1992, interpuso recurso de apelación contra la providencia de 23 de mayo del presente año, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, después de admitir la demanda, resolvió decretar la suspensión provisional del acto administrativo electoral acusado, fundándose para ello en el quebrantamiento el artículo 83 del decreto ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), según el cual está inhabilitado para ser elegido concejal, el ciudadano que " dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha"- la de elección - haya sido empleado oficial, ya que se demostró, con documento que se anexó a la demanda, que el demandado, desempeño el cargo Inspector Urbano 5o. de Policía Municipal en Ibagué e Inspector Urbano 1o., hasta el 30 de enero de 1990 (flo. del expediente).

Fundamentos de la apelación.

El impugnador expresa en su alegato que la demanda no ha debido ser admitida por defectos formales, y en tales condiciones la suspensión provisional no podía tampoco despacharse en forma favorable al actor, ya que, de un lado, la certificación o constancia que se anexó para demostrar el monto del presupuesto anual del Municipio de Cajamarca, no discrimina entre rentas ordinarias y transferencias, y ante esa falta de precisión no es posible determinar si el "Presupuesto anual ordinario", excluidas las transferencias, es superior a los setenta millones de pesos, cuantía que opera a partir del 1o. de enero de 1990 para saber si el proceso es de única o de primera instancia; y por cuanto, en segundo término, se cuestiona, en principio, la idoneidad del documento con que se acreditó dicho presupuesto, ya que no está en el listado de facultades del Jefe de la Sección de Cuentas Municipales de la Contraloría Departamental del Tolima, al de certificar sobre los montos presupuestales de los municipios, porque no interviene en la formación o revisión de los acuerdos respectivos.

Sobre este particular, invoca lo expresado en providencias de 24 de febrero y 18 de septiembre de 1989, expedientes E-0266 y 0322, ponencias de los señores consejeros, doctores Amado Gutiérrez Velázquez y Jorge Penen Deltieure, respectivamente, de esta Sección Quinta.

Para resolver,

SE CONSIDERA

1.- Por mandato expreso de la ley procesal contenciosa-administrativa, el auto admisorio de la demanda no es susceptible de recurso alguno (art. 232 C. C. A.), y, en consecuencia, mal podría fundarse el recurso de apelación que se ejercite contra el mismo auto, en cuanto por él se decrete la suspensión provisional solicitada por el actor, en esa circunstancia de que la certificación o constancia sobre el presupuesto del municipio, no discrimina entre rentas ordinarias y transferencias, y por lo mismo no se sabe cuál es el " presupuesto anual ordinario". La apelación del auto que decreta la suspensión provisional deberá fundarse, como es lógico, en el hecho o circunstancia de no haberse solicitado y sustentado de modo expreso en la demanda o en escrito separado antes de que se resuelva sobre su admisión, o en no aparecer de manera ostensible, a primera vista, el quebrantamiento de la norma superior de derecho que se invoca, bien por confrontación directa entre ella y el acto acusado, bien mediante el examen de documento público aportado como anexo de la demanda, si es que se trata de acción de nulidad, una de cuyas modalidades es el contencioso electoral, como repetidamente se ha dicho.

En consecuencia, el no acreditar de manera fehaciente el presupuesto anual ordinario del municipio de Cajamarca, lo que podría originar sería la falta de competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, para reconocer del recurso de apelación ejercitado por la parte impugnadora de la acción, y, en manera alguna, la revocatoria del auto de suspensión provisional, que en el evento de no haberse podido acreditar dicho presupuesto debía dictarse igualmente por el Tribunal en pleno, si es que se admitió la demanda sin tener esa circunstancia en cuenta, pero con la posibilidad de que contra la providencia se ejercitara el recurso de reposición, y no el de apelación.

2.- En cuanto a la idoneidad del documento con el que se acredita el presupuesto anual del municipio, sin especificar si es el ordinario o también comprende otras fuentes o uno adicional, debe observase, de un lado, que no se prueba la afirmación que se hace por el recurrente y en tales condiciones es difícil para la Sala adoptar una conclusión, y de otro lado, que de ser cierto lo afirmado por el recurrente, al no acreditarse en debida forma el presupuesto anual ordinario del municipio, la Sala carecería de competencia para pronunciarse sobre el recurso ejercitado, por no poder establecer si el proceso es de una o de dos instancias.

Pero, además, cabría igualmente repetir lo dicho anteriormente: ese hecho o circunstancia no puede servir de fundamento para pedir y obtener la revocatoria de la medida provisoria, la que, por otra parte, la Sala encuentra ajustada a derecho.

En efecto, está aprobado, con documento público anexado a la demanda, no controvertido, hasta ahora, ni tachado de falsedad, que el concejal suplente elegido por medio del acto administrativo electoral enjuiciado, se encontraba inhabilitado para ello, según lo prescrito en el artículo 83 del decreto ley 1333 de 1986.

No obstante, la Sala no quiere dejar de observar que el documento que obra al fl. 8 del expediente, relativo al monto del presupuesto anual ordinario del municipio de Cajamarca para el presente año de 1990, para la Sala es prueba idónea para acreditar esa circunstancia exigida para establecer si el juicio electoral es de única o de primera instancia. En efecto, allí el funcionario departamental de la Contraloría Departamental del Tolima - que debe presumirse competente para expedirlo mientras no se demuestre lo contrario, lo que hasta ahora no ha acontecido hace constar que el presupuesto municipal de Cajamarca, para la vigencia fiscal de 1990, es la suma de $ 228.242.472.oo, según " acuerdo no 015 de diciembre 12 de 1989", lo que indica que, en el momento de expedición de este acto por el Concejo, era materialmente imposible - por no haberse siquiera empezado a ejecutar - que se hubiera considerado y aprobado un presupuesto adicional o complementario o extraordinario. Por otra parte, el recurrente no invoca disposición legal alguna que establezca que las denominadas " transferencias " de fondos o recursos de otros entes estatales, como, por ejemplo, los recaudos por concepto del impuesto al valor agregado (IVA), no contribuyen o pueden contribuir a integrar el denominado " presupuesto anual ordinario" de un municipio.

Por todo lo anterior, el recurso de apelación interpuesto no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

No prospera el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de 23 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala de sesión de la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velázquez, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

GACETA DE CONSEJO
DE ESTADO

AUTO INADMISORIO DE LA DEMANDA. RECURSO DE APELACION.

Como al momento de la notificación personal del proveído inadmisorio de la demanda se apeló de ese pronunciamiento, erróneamente interponiendo el de reposición no obstante la previsión del inciso 2º del artículo 181 del C. C. A., en la práctica ello no puede conducir a conclusión distinta a la de que si equivocadamente se propusieron esos dos recursos, se debe rechazar por improcedente el primero, pero conceder el segundo si fue propuesto en oportunidad, que no como lo entiende el *a-quo*, o sea denegando la apelación por habérsela propuesto subsidiariamente de la reposición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., dos (2)de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente Nº.0402.- Recurso de Queja.- Actora: Lucy Isabel Ceballos de Gómez.

Oportunamente se formuló recurso de queja contra el auto de fecha junio siete (7) del año en curso, por virtud del cual el H. Tribunal Administrativo del Magdalena denegó el de apelación interpuesto contra el proveído inadmisorio de la demanda que, por conducto de apoderado, propuso la señora Lucy Isabel Ceballos de Gómez contra el acto declaratorio de la elección de Concejales de Santa Marta para el período 1990-1992, pero solo en relación con la de los doctores Francisco Paternostro Insignares y Oswaldo Bermúdez Martínez, principal y Suplente, respectivamente, de la misma lista de candidatos.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

El auto inadmisorio de la ameritada demanda, calendado a 24 de mayo del año que corre, fue notificado personalmente al apoderado de la actora el 29 de los mismos mes y año, dejando aquél al pie de su firma la siguiente anotación: "pido se me conceda recurso de reposición o en subsidio el de apelación. Dicho recurso lo sustentaré oportunamente ... Santa Marta, mayo 29/90", suscribiendo y consignando una vez más con el número de su tarjeta profesional.-

Con fecha junio 1º siguiente presentó ante el *a-quo* escrito en el que dice aclarar el recurso interpuesto, en el sentido de ser "el de apelación..." (fl. 19), sustentando en esa misma fecha, en escrito visible del folio 20 al 25 de estas copias.-

El Tribunal *a-quo*, apoyándose en lo dispuesto por el inciso 2º, art 181 del C. C. A. e inciso 2º, art. 232 ibídem, consideró extemporánea la aclaración de que trata el memorial de 1º de junio, respecto del recurso interpuesto contra el auto inadmisorio de la demanda, haciendo cuenta que dos días siguientes a su notificación vencieron el 31 de mayo, por donde concluyó en la denegación de la apelación por improcedente.-

Contra esta decisión, contenida en auto de junio 7 próximo pasado, se interpuso reposición y subsidiariamente la expedición de las copias requeridas para recurrir en queja, haciendo el memorialista extenso análisis en relación a la diferencia que la ley procesal consagra para apelar y sustentar el recurso.-

En auto de julio 3 del corriente año controvirtió el a-quo las argumentaciones del recurrente, no accediendo a reponer su anterior decisión y ordenando la expedición de las copias solicitadas para recurrir de queja.-

Es así como para decidir,

SE CONSIDERA:

Es innegable, como lo sostiene el *a-quo* en el último pronunciamiento aludido, que "...el recurso -de apelación contra el auto inadmisorio de la demanda, agrega la Sala- se propone ante el *a-quo* y se sustenta ante el *a-quem* a quien corresponde decidir, pudiéndose también o no presentar ante el primero de los nombrados el memorial de sustentación del recurso, dentro de los dos días siguientes a la notificación del auto.- Pero este es un recurso que por mandato legal debe proponerse dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del auto y se resuelve de plano, es decir, sin el previo cumplimiento de procedimiento alguno..." (fl. 33 fte).-

Ese razonamiento tiene apoyo en la previsión del inciso 2º, art. 232 del C. C. A, en cuanto en su parte final dispone que los recursos contra la resolución de inadmisión de la demanda "...deberán proponerse dentro de los dos días siguientes a la notificación del auto, y se resolverán de plano...".

La no concesión de la apelación con apoyo en la citada norma sería valedera si solo obrara en autos el memorial de fecha junio 1º, en el que se dice aclarar el recurso interpuesto.- Pero como al momento de la notificación personal del proveído inadmisorio de la demanda se apeló de ese pronunciamiento, erróneamente interponiendo el de reposición no obstante la previsión del inciso 2º del art. 181 del C. C. A., en la práctica ello no puede conducir a conclusión distinta a la de que si equivocadamente se propusieron esos dos recursos, se debe rechazar por improcedente el primero, pero conceder el segundo si fue propuesto en oportunidad, que no como lo entiende el *a-quo*, o sea denegando la apelación por habérsela propuesto subsidiariamente de la reposición.- Este entendimiento de la norma implica denegación de un derecho procesal, el ejercicio del recurso de apelación, habiendo sido interpuesto oportunamente pero como subsidiario de otro improcedente, con interpretación exegética del texto legal.-

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Decidir el recurso de queja en el sentido de conceder, en efecto suspensivo, la apelación interpuesta contra el auto de fecha mayo 24 del año en curso, por el que se inadmitió la demanda.-

Solicítese del Tribunal *a-quo* el envío del original de la actuación.-

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Euclides Londoño Cardona, Presidente *de Sala; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velázquez, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL - Inhabilidades. **EMPLEADO OFICIAL. SUSPENSION PROVISIONAL** - Procedencia.

El Régimen especial consagrado para los docentes por el Decreto 2277/79, con exclusión de los de nivel superior, establece una normatividad particular para aquéllos, pero en modo alguno excepciones a las previsiones del régimen político municipal ni al de inhabilidades e incompatibilidades electorales. Resulta inadmisible, mientras el legislador no disponga lo contrario, que las inhabilidades para ser elegido concejal no afecten a los docentes del sector público pese al carácter general de la norma aducida en apoyo de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., Agosto dos (2) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente Nº.0409 Actor : Manuel Antonio Castro Tovar.- Recurso de apelación auto de suspensión provisional.-

Conforme al inciso final del artículo 155 del C.C.A., se decide de plano el recurso de apelación, interpuesto y sustentado en oportunidad por el apoderado de uno de los demandados, contra el auto de 7 de mayo de 1990 proferido por el H. Tribunal Administrativo del Huila, pero sólo en cuanto decretó suspensión provisional del acto acusado.-

ANTECEDENTES :

Mediante escrito presentado el 6 de abril del año en curso, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Manuel Antonio Castro Tovar pide se decrete, en relación a los señores Aníbal Atagualpa Murcia, Marco Fidel Collazos Fajardo y José Meyer Rivas Montero, la nulidad del acto declaratorio de la elección de concejales del Municipio de Pitalito para el período constitucional 1990-1992, y que, en consecuencia, se ordene la cancelación de las respectivas credenciales y se libren las pertinentes comunicaciones.-

También solicitó el demandante la medida provisoria de suspensión del acto acusado en cuanto a la elección de los demandados, pues que a primera vista resulta protuberante la inhabilidad de orden constitucional y legal en que se encontraban, por su condición de docentes al servicio de la Secretaría de Educación del Huila, para ser elegidos concejales.-

Añade el libelista, que el carácter de empleados oficiales de los tres ciudadanos demandados y el hecho de haber estado como tales en pleno ejercicio de sus funciones dentro de los seis meses anteriores a la elección, les impedía participar en actividades políticas, aceptar candidaturas a corporaciones públicas y ser elegidos a través del voto popular, como en efecto lo fueron, con lo que contravinieron abiertamente las reglas del inciso 3o, artículo 62 de la Constitución Nacional; artículo 3o. del Decreto 2277 de 1979; artículo 54 de la Ley 11 de 1986; artículo 83 del Decreto 1333 de 1986; artículo 210 del Decreto 2241 de 1986 y artículo 158 del Código Penal.-

El actor acompañó a su demanda los siguientes elementos documentales, solicitando se los tenga como prueba:

a) Fotocopia hábil del formato E-28 hoja 4 -acta parcial del escrutinio de los votos para Concejo Municipal, declaratoria de elección-, acta esta emanada de la Comisión Escrutadora Municipal y fechada a 13 de marzo de 1990 (fl. 1).-

b) Certificado expedido por la Jefatura de la Sección de Recursos Humanos Docentes y Bienestar de la Secretaría de Educación del Huila, calendada a 15 de marzo de 1990, según el cual el señor Aníbal Atahualpa Murcia " ... presta sus servicios al Departamento desde el 31 de marzo de 1981 hasta la fecha en que se expide el presente certificado, actualmente desempeña el cargo de profesor en Comisión Asociación de Instituciones Huilenses-Pitalito, en grado 5o. del Escalafón Nacional (FER)" (folio 2).-

c) Certificado de la jefe de la Sección de Recursos Humanos Docentes y Bienestar de la Secretaría de Educación del Huila, datado al 15 de marzo de

1990, acreditando que el señor Fidel Collazos Fajardo "...presta sus servicios al Departamento desde el 14 de febrero de 1985 hasta la fecha en que se expide el presente certificado, actualmente desempeña el cargo de Docente del Centro Docente Mixta Nº 1-Pitalito, en grado 1o. del Escalafón (DPTO)" (flo. 3).-

d) Y certificado de la Jefatura de la Sección de Recursos Humanos y Bienestar de la Secretaría de Educación del Huila, fechada a 15 de marzo de 1990, demostrativa que el señor José Meyer Rivas Montero "... presta sus servicios al Departamento desde el 1º de agosto de 1971 hasta la fecha en que se expide el presente certificado, actualmente desempeña el cargo de Seccional Escuela Urbana Mixta Nº 1 Pitalito, en grado 4º del Escalafón Nacional (FER)" (folio 4).-

EL AUTO OBJETO DEL RECURSO.-

El H. Tribunal Administrativo del Huila admitió la demanda por auto de 7 de mayo de 1990, y en lo atinente a la suspensión provisional fundamentó la decisión en los siguientes términos:

> "Ya se ha afirmado tanto por el H. Consejo de Estado (Consulta 2038, providencia del 1º de marzo de 1984) como por éste Tribunal, que el 'Régimen Especial' de los docentes oficiales no los priva de su calidad de Empleados Públicos, ni los exonera de la prohibición constitucional de intervenir en política, actividad en la que necesariamente quedan comprendidas las campañas electorales, la aceptación de candidaturas y la inclusión del nombre en listas electorales, y por supuesto salir elegidos concejales, así sea el Concejo Municipal una Corporación Administrativa.-
>
> "De tal suerte que seis meses antes e incluso para la fecha en que fueron elegidos concejales (11 de marzo de 1990) los señores Aníbal Atahualpa Murcia, Marco Fidel Collazos Fajardo y José Meyer Rivas Montero, eran Empleados Oficiales conforme ha quedado demostrado con documentos públicos aportados con la demanda.
>
> "Se señaló como violado el artículo 54 de la Ley 11 de 1986 que dice: Art. 54.- 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 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 modo que es obstensible (sic), clara, evidente y notoria la violación del precepto transcrito, porque quedó demostrada plenamente la calidad de Empleados Oficiales de los señores Atahualpa Murcia, Collazos Fajardo y Rivas Montero y por ello no podían ser elegidos Concejales por expresa prohibición."

"Tendrá entonces el tribunal que atender la solicitud de Suspensión Provisional que se invoca en la Demanda" (fls. 12 a 16).

FUNDAMENTOS DE LA APELACION.-

Contra el ameritado auto recurrió en apelación el apoderado judicial del demandado Aníbal Atahualpa Murcia,"... para que sea revocado el numeral 4 de la parte resolutiva de la providencia referenciada -por el cual ha sido decretada la suspensión provisional de la elección de mi mandante como concejal del municipio de Pitalito e incluso del uso de la credencial respectiva"- pues, aduce, el Decreto 2277 de 14 de septiembre de 1979, por el que se expidió el Estatuto Docente, prevé para los educadores oficiales un "régimen especial" de excepcional contenido y singular carácter de favorabilidad, de la misma jerarquía de las normas que se dicen transgredidas, que antes que prohibir el ejercicio político de los educadores oficiales consagra el derecho de éstos a no ser discriminados en modo alguno por razón de su credo partidista, estableciendo como única limitante de su derecho a elegir y ser elegidos la utilización de la cátedra para el proselitismo de esa naturaleza.- Que emergiendo obvia e insoslayable la especialidad del Decreto 2277 de 1979 y de su reglamentario 2480 de 1986, debe aplicarse ese Estatuto con preferencia a normas restrictivas y desfavorables, como las que se aducen violadas, sobre todo cuando se está frente a dos disposiciones contradictorias o enfrentadas de posible aplicación, lo que"... por lo menos ameritan una duda razonable...".- De allí, concluye el recurrente, "... la suspensión provisional no resultaba jurídicamente viable" (fls. 21 a 23).-

Para decidir,

SE CONSIDERA:

De rango constitucional es la figura jurídica de la suspensión provisional, aplicable a "... los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley", conforme a las voces del artículo 193 de la Carta Política.-

En los procesos originados en ejercicio de la acción contenciosa de nulidad, como el especial electoral, la medida precautelar es factible cuando se presenta "...manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud", según el precepto del numeral

2, artículo 152 del C.C.A., subrogado por el artículo 31 del Decreto Ejecutivo 2304 de 1989.-

En el caso de autos, la medida precautelar de suspensión impetrada se apoya en los documentos públicos aportados para demostrar el quebrantamiento de la norma superior de derecho, el artículo 54 de la ley 11 de 1986, reproducido en su integridad por el Art. 83 del Decreto 1333 del mismo año, en cuanto establecen que "... Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes ... dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha -la de la elección- hayan sido empleados oficiales ...".-

Ahora bien: es evidente que la confrontación directa del acto acusado- la declaración de elección de Concejales de Pitalito- con la disposición transcrita no permite advertir, *prima facie*, el quebrantamiento manifiesto de la norma, por lo que la pretensa transgresión hay que buscarla, como bien lo hizo el *a-quo*, a través de los documentos públicos aportados con la demanda, las certificaciones expedidas por funcionarios competentes de la Secretaría de Educación del Departamento del Huila.-

Esas pruebas son, ciertamente, irrebatibles y suficientes para el fin propuesto, a tal grado que el recurrente termina admitiendo que su representado es empleado oficial del sector de la educación, alegando, eso sí, que estando amparados por las previsiones especialísimas del Decreto 2277 de 1979 su derecho a elegir y ser elegido permanece incólume, sin más limitaciones que la prohibición de utilizar la cátedra para el proselitismo político.-

Ese argumento, por supuesto, carece de validez, por cuanto la preceptiva sobre la que fundamentó el a-quo la medida precautoria recurrida, el artículo 54 de la ley 11 de 1986, no establece por el aspecto tenido en cuenta distinción en cuanto al ámbito del ejercicio del empleo oficial, ni tampoco a la naturaleza del vínculo laboral con la administración, por lo que debe entenderse suficiente para que emerja la causal de inhabilidad el desempeño de empleo oficial dentro de los límites temporales que la norma estipula.-

Además, el régimen especial consagrado para los docentes por el Decreto 2277 de 1979, con exclusión de los de nivel superior , establece una normatividad particular para aquéllos en orden a las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro del servicio en sus distintos niveles y modalidades, pero en modo alguno excepciones a las previsiones del régimen político municipal ni al de inhabilidades e incompatibilidades electorales, materias enteramente diferentes y ajenas a las que regulan el magisterio oficial.-

Por ello resulta inadmisible, mientras el legislador no disponga lo contrario, que las inhabilidades para ser elegido concejal no afecten a los docentes del sector público pese al carácter general de la norma aducida en apoyo de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.- Y como se

observa la infracción manifiesta de esa disposición, pues los empleados oficiales demandados no podían ser elegidos concejales como en efecto lo fueron, la decisión del *a-quo* está ceñida a derecho, imponiéndose, en consecuencia, su confirmación.-

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar el punto cuatro (4º) de la parte resolutiva del auto de 7 de mayo de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, por el que se decretó la suspensión provisional del acto declaratorio de la elección de Aníbal Atahualpa o Atagualpa Murcia, Marco Fidel Collazos Fajardo y José Meyer Rivas Montero, como concejales principales los dos primeros y suplente el último, del Municipio de Pitalito para el período 1990-1992.-

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

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión verificada en la fecha.-

Euclides Londoño Cardona, Presidente de Sala; *Miguel González Rodríguez; Amado Gutiérrez Velásquez; Jorge Penen Deltieure;*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PRUEBAS - Conducencia

Si a las partes incumbe la carga de la prueba y la elección de los medios para producirla, pero al juez compete la decisión de los pedimentos de la demanda, apoyándose en los medios de convicción que se alleguen al proceso, es el juez quien tiene la facultad de apreciar la conducencia de la prueba, apreciación que, lógicamente, debe realizar al momento de decretarla y no en el de proferir sentencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta- Sala de Decisión.

Bogotá, D.E., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Euclides Londoño Cardona*

Referencia: Expediente Nº. 0362.Recurso de Súplica. Actor: Luis Fidel Moreno Rumie.

- I -

1 - Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado del demandante, contra el auto de junio 1º de 1.990, proferido en Sala Unitaria por el señor Consejero Sustanciador doctor AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, en cuanto niega la práctica de la inspección judicial solicitada en el numeral 3º del capítulo de pruebas de la demanda.

2 - La parte de la que disiente el recurrente, expresa:

" DENIEGASE la práctica de las demás pedidas por las partes en los libelos de demanda y de contestación de la misma, enumeradas así : ""....3.- Que se practique inspección judicial sobre las papeletas de votación depositadas por la lista o listas de candidatos que encabezó Carlos Holmes Trujillo en las elecciones del 11 de marzo de 1990 para Senado de la República... ".

El soporte motivo de la providencia para negar la práctica de la inspección judicial, se plantea en los términos siguientes:

" ...rechazo que se impone por tratarse de pruebas manifiestamente superfluas, encaminadas a demostrar hechos o situaciones sobre cuya existencia u ocurrencia es más adecuado lograr plena certidumbre con las constancias de los actos oficiales que les dieron origen, los refrendaron o acreditaron su omisión o no ocurrencia, documentación esta aportada con suficiencia por las partes y que, redundando sobre ella, ahora mismo se reclama a raudales de los despachos oficiales donde reposan los originales " (folios 120 y 121, cuaderno No. 1).

- II - FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1 - Para solicitar la revocatoria del auto del 1º de junio del año en curso en cuanto niega la inspección judicial ya referida y que, en su lugar, se decrete dicha prueba como fue pedida en el numeral 3.- del capítulo correspondiente de la demanda corregida, el recurrente expone dos argumentos, que se resumen así:

a) Por una parte, de la simple confrontación entre los hechos de la demanda y las pruebas documentales decretadas en el auto del 1º de junio, fácilmente se advierte que a través de ninguna de ellas o de su conjunto podría el Juez Administrativo establecer a cuál o cuáles de las diferentes listas de las especificadas en los hechos 5a, 5b, 5e y 5e.e.e. de la demanda corresponden a los 119.283 votos presuntamente depositados a favor del Movimiento de las Mayorías Liberales, ya que se trata de hechos o situaciones que no son demostrables con las constancias de los actos oficiales que les dieron origen, pues, a su juicio, tales hechos sólo son verificables mediante el examen de los votos mismos.

b) Todas las pruebas decretadas tocan con los actos, hechos y situaciones relacionadas con lo ocurrido con inmediata anterioridad y posterioridad a las elecciones acusadas, pruebas que se refieren a aspectos de inscripción y modificación de listas de candidatos que tuvieron lugar hasta el 24 de febrero de 1990 y de escrutinios que se verificaron entre el 13 y el 23 de marzo del mismo año, mas no al hecho mismo de las elecciones el 11 de marzo de 1990 o al contenido o forma de los 119.283 votos computados para Senado al Movimiento de las Mayorías Liberales; la prueba negada, agrega, tiende a

demostrar en qué forma se expresaron los 119.283 electores respecto a las diferentes listas del movimiento de las Mayorías Liberales que para el Senado encabezó el doctor Carlos Holmes Trujillo (q. e. p.d.), que corresponden a los hechos de la demanda, para llevar la convicción al juez de que esa manifestación de los electores no está reflejada fielmente como lo ordena la ley en los escrutinios y en el acto acusado.

c) De otro lado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 96 de 1.985 - artículo 61 del Decreto 2304 de 1.989 - el ponente no tiene la facultad para negar pruebas pedidas por las partes en los procesos electorales, ya que la norma es perentoria en su texto; y concluye que el acto suplicado es ilegal por haber negado la prueba de inspección judicial cuyo decreto no es del arbitrio del ponente.

- III — SE CONSIDERA

1 - Contra lo que afirma el recurrente, para demostrar los hechos 5.a., 5.b. y 5.e.e.e. de la demanda, se decretó la prueba documental enlistada en los numerales 2.1., 2.2., 2.3. y 2.4., según se aprecia seguidamente, previa observación de que el hecho 5.a. mencionado por el actor sería demostrable aportando una de las papeletas de votación, o en su defecto una reproducción mecánica idónea de la misma, correspondiente al Movimiento de las Mayorías Liberales, pero posiblemente, el recurrente quiso referirse al hecho 5.a.a. de su libelo que dice :

> "5.a.a. De la lista relacionada en el hecho 5.a. ni siquiera se solicitó la inscripción a mas tardar a las seis (6) de la tarde del seis (6) de febrero de 1990 dentro del término y formalidades legales ".

La lista aludida es la siguiente :

" PRINCIPALES	SUPLENTES
Carlos Holmes Trujillo	Alejandro González Jaramillo
Armando Barona Mesa	Ignacio Cruz Roldán
Pedro José Barreto Vacca	Jorge Caro Copete " (folio 42).

Para establecer este hecho, el auto que decretó las pruebas, dice en sus numerales 2. y 2.1..:

" 2.- Líbrense oficios dirigidos al señor Registrador del Estado Civil en Bogotá, y a los señores Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para el Departamento del Valle del Cauca, para que se sirvan expedir y remitir con destino a este proceso la documentación que a continuación se relaciona :

" 2.1.- Fotocopias debidamente autenticadas de: la solicitud de inscripción; las constancias de aceptación de los candidatos; las solicitudes de modificación, si las hubo; las declaraciones bajo juramento ante los respectivos funcionarios electorales de afiliación de los inscriptores; las renuncias de candidatos, si las hubo; las constancias de aceptación de los candidatos reemplazantes, si las hubo; las actas de inscripción de nuevos candidatos y, en fin de todas las diligencias relativas a la lista de candidatos para Senado de la República, período constitucional 1990-1994, por el Departamento del Valle, correspondiente al Movimiento de las Mayorías Liberales, listas integradas por las siguientes personas: *Carlos Holmes Trujillo, Armando Barona Mesa y Pedro José Barreto Vacca, como principales, y Alejandro González Jaramillo, Ignacio Cruz Roldán y Jorge Caro Copete, como suplentes.* El señor Registrador del Estado Civil certificará, además, si tal lista *fue inscrita o modificada en oportunidad.-* " (Subrayas de la Sala) (folios).

2 - Respecto de la afirmación contenida en el hecho 5.b., referido por el accionante, cabe anotar que esa afirmación fue aceptada por la parte demandada en las contestaciones de la demanda - folios 80 y 100 del expediente - constituyéndose entonces en lo que el tratadista Eduardo J. Couture denomina " Hechos admitidos expresamente", y a los que, para demostrar lo inútil que resulta probarlos, se refiere en los términos más adelante consignados. Pese a ello, en aras de establecer la verdad, el Consejero Ponente ordena la práctica de la prueba relacionada en el numeral 2.2. del auto suplicado, a la que posteriormente se referirá la Sala.

" 145 HECHOS ADMITIDOS EXPRESAMENTE

La doctrina llama admisión a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario. Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba. Es inútil, decía el precepto justiniano, probar los hechos no relevantes : "" *frustra probatur quod probatum non relevat* "" (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Eduardo J. Couture, páginas, 223-224).

El hecho 5.b. de la demanda reza :

" 5.b. La lista de candidatos tenida en cuenta para el escrutinio y declaratoria de elección de Senadores fue la siguiente :

"PRINCIPALES	SUPLENTES
HOLMES TRUJILLO Carlos	GONZALEZ JARAMILLO Alejandro
BARONA MESA Armando	(EN BLANCO)
BARRETO VACCA Pedro José	CRUZ ROLDAN Ignacio ".

Para probar el hecho 5.b., en su numeral 2.2., la providencia recurrida, ordenó librar oficios a las autoridades señaladas en el numeral 2.-, a efecto de que se remitan los documentos y diligencias relacionados en el literal 2.1., relativas a las listas de candidatos por el Movimiento de las Mayorías Liberales para Senado de la República por el Departamento del Valle, período constitucional 1990-1994, conformado por las siguientes personas " ...*Trujillo Holmes Carlos, Barona Mesa Armando y Barreto Vacca Pedro José, como principales, y González Jaramillo Alejandro (en blanco) y Cruz Roldán Ignacio, como suplentes* " (Subrayas de la Sala).

El hecho 5.e. de la demanda dice:

" 5.e. Tanto la lista de que trata el hecho 5.a. como la de que trata el hecho 5.b., son diferentes entre sí y a la vez estas son diferentes de la lista cuya solicitud de inscripción elevaron ante los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil el día seis (6) de febrero de 1990 después de las seis (6) de la tarde, los ciudadanos CARLOS HOLMES TRUJILLO, MIGUEL MOTOA KURI e HILDA ALCIRA RIVERA DE RODRIGUEZ, afirmando pertenecer al MOVIMIENTO DE LAS MAYORIAS LIBERALES, pero sin hacer, bajo juramento, la declaración exigida por el artículo 93 del Código Electoral y el 165 de la ley 28 de 1979, lista conformada de esta manera:

PRINCIPALES	SUPLENTES
CARLOS HOLMES TRUJILLO	GONZALEZ JARAMILLO ALEJANDRO
ARMANDO BARONA MESA	BARRETO VACCA PEDRO JOSE
IGNACIO CRUZ ROLDAN	TRUJILLO LUIS HERNANDO ".

Y para establecer el hecho anteriormente transcrito, el numeral 2.3. del auto recurrido solicitó la remisión de los documentos ya referidos, correspondientes a la lista de candidatos por el Movimiento de las Mayorías Liberales por el Departamento del Valle, para Senado de la República, período constitucional 1990-1994, conformada por las personas siguientes: *Carlos Holmes Trujillo, Armando Barona Mesa e Ignacio Cruz Roldán, como principales, y Alejandro González Jaramillo, Pedro José Barreto Vacca y Luis Hernando Trujillo J., como suplentes*; además, que el señor Registrador Nacional del Estado Civil, certificara, si la anterior lista fue inscrita y modificada en oportunidad (Subrayas de la Sala).

El hecho 5.e.e.e. de la demanda, expresa:

"5.e.e.e. conforme con todo lo anterior, debe entenderse que, la lista de que se viene hablando, ya modificada quedó así :

PRINCIPALES	SUPLENTES
CARLOS HOLMES TRUJILLO	ALEJANDRO GONZALEZ JARAMILLO
GUILLERMO VERA LONDOÑO	ARMANDO BARONA MESA
PEDRO JOSE BARRETO VACCA	IGNACIO CRUZ ROLDAN

Como se advierte a simple vista, esta lista es también diferente a la del hecho 5.a. y de la del hecho 5.b. ".

Para demostrar el hecho 5.e.e.e., se decretó la prueba siguiente :

" 2.4.- Fotocopias autenticadas de los mismos documentos y diligencias relacionadas en el literal 2.1., relativas a la lista de candidatos por el Movimiento de las Mayorías Liberales para Senado de la República por el Departamento del Valle, período constitucional 1990-1994, integrada por las siguientes personas: *Carlos Holmes Trujillo, Guillermo Vega Londoño y Pedro José Barreto Vacca, como principales y Alejandro González Jaramillo, Armando Barona Mesa e Ignacio Cruz Roldán, como suplentes* junto con las copias solicitadas, el señor Registrador Nacional del Estado Civil se servirá certificar con destino a este proceso, si la lista anterior fue inscrita o modificada en oportunidad. " (subrayas de la Sala).

Una cosa es la "forma" de la expresión de la voluntad popular que se manifestó en 119.283 votos que los electores depositaron en papeleta única contentiva de la lista de candidatos para el Senado de la República, cuyos

nombres se enuncian en el hecho 5.a. de la demanda, y otra, bien distinta, es la legalidad o validez de esa elección sin haberse inscrito dicha lista.

En el primero de los eventos mencionados el actor-recurrente, quiere probar la " forma como se expresaron los 119.283 electores ", pero este hecho no requiere ser demostrado, puesto que los votos depositados lo fueron por una sola lista : la relacionada en el hecho 5.a. de la demanda. Resulta entonces, innecesario decretar la inspección judicial.

En cuanto tiene que ver con la legalidad o validez de la elección aludida, por la falta de inscripción y modificación de la lista, es este un hecho susceptible de probarse, tal como lo dijo el auto recurrido, con la prueba documental reclamada " ...a raudales de los despachos oficiales donde reposan los originales...". Siendo ello así, la prueba referida es inoficiosa para acreditar tal hecho.

En tales circunstancias, tomando en consideración que la inspección judicial aparece superflua para acreditar directa o indirectamente el punto controvertido en el proceso, se hacía imperativo el rechazo de su práctica, como lo resolvió la Sala Unitaria en la providencia suplicada.

En relación con la segunda razón que el recurrente aduce como fundamento de su recurso, la cual se refiere al artículo 234 del C.C.A., cuyo texto reza : ".....Decreto de pruebas. Las pruebas que las partes soliciten se decretarán junto con las que de oficio ordene el ponente mediante auto que debe proferir el día siguiente al del vencimiento del término de fijación en lista ", cabe precisar que la expresión " las pruebas que las partes soliciten se decretarán junto con las de oficio que ordene el ponente ..." no impone al juez - como cree el recurrente - la obligación de ordenar la práctica de TODAS las pruebas que pidan las partes. Del texto integral de la norma se desprende que ella sólo precisa el momento en que deben decretarse las pruebas que de oficio puede ordenar el conductor del proceso. Basta leer el inciso tercero de dicho texto para confirmar el aserto. Ciertamente, el recurso de súplica en él consagrado contra el auto que deniegue algunas pruebas, faculta - implícitamente - al juez administrativo para denegar el decreto y práctica de aquellas que estime ineficaces, improcedentes, innecesarias o superfluas.

Ahora bien, si a las partes incumbe la carga de la prueba y la elección de los medios para producirla, pero al juez compete la decisión de los pedimentos de la demanda, apoyándose en los medios de convicción que se alleguen al proceso, es el juez quien tiene la facultad de apreciar la conducencia de la prueba, apreciación que, lógicamente, debe realizar al momento de decretarla y no en el de proferir sentencia.

En general respecto al tema que se ha venido desarrollando, han dicho algunos tratadistas :

" Puede afirmarse, entonces, que esta expresión que establece que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una limitación, especie de encuadramiento objetivo, de las proposiciones del hecho que han de ser objeto de la prueba. *La determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos es una función de depuración previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.* " - (subrayas de la Sala) - Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Eduardo J., Couture, página 224.

...

" La naturaleza misma del asunto que se discuta y el interés económico de los litigantes marcan un límite al capricho de las partes en querer probarlo todo. Ya desde la ley de partidas 3a., 7a., título 14, se dice que no debe consentir el juzgador en que las partes "" Despierdan su tiempo en vano probando cosas de que no se pueden después aprovechar magüer lo probasen. "" (Subrayas de la Sala).

" No se admite la prueba sino cuando el hecho o acto que se vaya a probar es conducente y además legalmente eficaz. Si faltare alguna de estas condiciones, la prueba es inadmisible. Es posible que una de las partes reclame al juez... " (De la Prueba en Derecho, Antonio Rocha A. página 141).

Y en materia electoral, la extinguida Sala Electoral, dijo:

"La conducencia de una prueba tiene que ver con su aptitud para acreditar hechos del proceso, es decir, si es un medio legalmente autorizado o no prohibido para establecerlos. Así mismo el concepto de relevancia o pertinencia de la prueba está concebido en función de la relación que guarda el hecho que se quiere demostrar con la controversia o materia debatida. *Así y a contrario sensu*, es irrelevante la prueba que persigue comprobar hechos ajenos a la *litis*.

En el evento *sub-lite*, según se desprende claramente de la manifestación de la parte demandada, tanto en su escrito de contestación de demanda al pedir la inspección judicial, como en su criterio de súplica en el que afirma que persigue refutar la aseveración del hecho séptimo del libelo, se pretende a través de dicha probanza y con la intervención de testigos, hacer concordar en las personas físicas de Alfonso Valdivieso Sarmiento y Silvia Rugeles de Rugeles, tanto la calidad de senadores elegidos, como la correspondencia con sus nombres inscritos al efecto por la circunscripción electoral de Santander para el período constitucional 1.986-1.990.

...

"Es decir, que lo que se pretende probar está por fuera de la persona misma objeto de la inspección y de ahí que resulte de plano esta probanza ineficaz. " (Jurisprudencia electoral del Consejo de Estado 1977-1987, página, 113).

Los anteriores criterios doctrinales y jurisprudenciales, desvirtúan la tesis del actor-recurrente, según la cual " el ponente no tiene facultad para negar pruebas pedidas por las partes en los procesos electorales ". Tal tesis es no sólo contraria a la preceptiva electoral vigente - que como se demostró dispone exactamente en sentido opuesto a lo sostenido por el impugnante -, sino, además, a los principios de economía procesal y de celeridad que caracterizan al proceso electoral. Aceptar el contenido de aquella sería propiciar un medio para dilatar los procesos electorales, hasta el grado de hacer inocuas las decisiones que profiere la justicia para finalizarlos.

Los razonamientos que preceden conducen a concluir que el recurso de súplica no tiene vocación de prosperidad.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sala de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: No revocar el auto del primero de junio del año en curso, proferido en Sala Unitaria, en cuanto denegó la práctica de una inspección judicial sobre las papeletas de votación depositadas por la lista o listas de candidatos que encabezó Carlos Holmes Trujillo en las elecciones del 11 de marzo de 1.990, para Senado de la República.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Alejandro Bula Ordosgoitia* (Conjuez),

Octavio Galindo Carrilo, Secretario

NULIDAD PROCESAL - Improcedencia. **AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. NOTIFICACION.**

El Auto que admitió la demanda fue notificado personalmente al demandado a través de comisionado, aún cuando después de los dos días que para ello señaló el comitente, dado que el alcalde elegido no se encontraba en la localidad. Esto indica que la nulidad no se estructuró y la única irregularidad que podía predicarse es la extemporaneidad en la ejecución de la diligencia, pero por razones no imputables al comisionado, lo que podría constituir un exceso en los límites de sus facultades, caso en el cual, eventualmente, se haría nula la actuación, pero no la del proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., Septiembre tres (3) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor José Joaquín Camacho Pardo*

Referencia: Expediente Nº. 0423. Apelación Auto. Actor : Eyder Efredy Bolaños.

-I-

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente (folios 21 a 25, cuaderno principal) por el apoderado de la parte actora contra el auto de 28 de junio de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio del cual se resolvió no declarar la nulidad de lo actuado,

dejando en firme el auto admisorio de la demanda proferido el 24 de abril del año en curso, al igual que las actuaciones posteriores al él.

-II-

ANTECEDENTES

1- Por conducto de apoderado el señor Eyder Efredy Bolaños Hoyos, demandó ante la Corporación mencionada la elección de alcalde del municipio de Balboa - Cauca - para el período 1990 - 1992, contenida en el acta parcial de escrutinio de votos para alcalde, elaborada en esa localidad por la comisión escrutadora municipal y por la cual se declaró elegido al señor Julio César España. Como consecuencia de ello, solicitó la cancelación de la respectiva credencial y la práctica de nuevo escrutinio.

2- El Tribunal *a-quo* admitió la demanda y dispuso, entre otras notificaciones, la personal al alcalde electo, para cuyo efecto comisionó al juez promiscuo de Balboa quien debía cumplirla dentro de los dos días siguientes al del correspondiente recibo.

3- El Despacho comisorio llegó a la oficina comisionada el 27 de abril del año en curso (folio 32 vto., cuaderno No. 1), un día después de que el actor presentara corrección de su demanda (folio 35, cuaderno No. 1) y para darle cumplimiento se citó el dos de abril siguiente al señor Julio César España a fin de practicar la diligencia (folio 33, cuaderno No. 1), la que no fue posible realizar sino hasta el 8 de los mismos mes y año (folio 38, cuaderno No. 1).

4- En la contestación de la demanda, la parte demandada propuso incidente de nulidad y en escrito separado lo fundamentó en la causal consagrada en el numeral 8o. del artículo 152 del C. de P.C., en cuanto la notificación del auto admisorio de la demanda no se realizó conforme el artículo 233 del C.C.A. ni a lo ordenado en el numeral 1o. del auto de abril 24 de 1990, pues si el juzgado comisionado recibió el despacho No. 051 del 27 de abril de 1990, sólo tenía competencia para notificar al elegido el 30 del mismo mes, o el 2 de mayo siguiente; considera irregular el que se omitiera la notificación por edicto que ordena el artículo 233 del C.C.A., disposición de obligatorio cumplimiento ante la actuación que desbordó el término de la diligencia en mención, y que la violación de los preceptos mencionados significa el incumplimiento del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

5- El *a-quo* acepta que en el auto admisorio de demanda se omitió decretar la notificación por edicto prevista en el numeral 1o. del artículo 233 del C.C.A.; sin embargo, estimó que a pesar de ese vicio el acto procesal cumplió su finalidad dado que se ordenó la notificación personal al elegido,

saneando así la causal de nulidad invocada por el actor, en consecuencia no existió violación del derecho de defensa, contando además con que la notificación por edicto fijado en Secretaría con publicación en periódico garantizaba el derecho de quienes se consideraran demandados y el de todas las personas que pretendieran intervenir adhesivamente y para apoyar su dicho, citó dos decisiones de esta Corporación.

6- Contra el pronunciamiento referido, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, argumentando como causales de nulidad, además de la 8ª. la 9ª. del artículo 152 del C. de P.C., vigente para la época en la que se presento el incidente - art. 140-8-9 del nuevo estatuto procesal - pues, en su sentir, la nulidad no fue saneada, a pesar de la contestación de la demanda, por cuanto la primera medida que tomó fue alegarla.

Sostiene que en cuanto a la notificación por edicto que dispone el artículo 233-1 del C.C.A., es diferente de la que trata el inciso 2º. del numeral 4º. ibídem, pues, de la declaratoria de nulidad pretendida en este caso, podría derivarse la práctica de un nuevo escrutinio entendiéndose por ello demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto impugnado e infiere que todas las personas que podrían resultar afectadas son indeterminadas lo cual hacía indispensable su emplazamiento.

-III-

SE CONSIDERA

El hecho alegado como constitutivo de causal de nulidad proviene de la forma como se llevó a cabo la notificación personal del auto admisorio de la demanda al señor Julio César España, cuya elección como alcalde del municipio de Balboa se demanda en este proceso, pretendiendo que él encaja en las causales de nulidad señaladas en los números 8 y 9 del artículo 152 del antiguo C. de P.C., hoy del 140-8-9 del nuevo - Decreto 2262 de 1989.

El primero de los numerales mencionados determina que el proceso es nulo en todo o en parte, cuando no se notifica al demandado en legal forma el auto admisorio de la demanda, o no se practica de igual manera su emplazamiento. Este numeral fue modificado por el Decreto 2282 de 1989, en el sentido de que esta causal también opera cuando pudiendo hacerse no se surten en la forma establecida la notificación o el emplazamiento de la providencia mencionada al apoderado del demandado.

En cuanto al segundo, el Decreto aludido varió un poco su redacción pero su sentido es idéntico al del art. 152 al señalar que el proceso también se afecta de nulidad "Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento a las demás personas aunque

sean indeterminadas que deban ser citadas como partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de la ley".

El principio de la especifidad en materia de nulidades procesales se traduce en que ellas únicamente se configuran cuando se presenta la irregularidad establecida expresamente en la ley, lo cual implica la imposibilidad de extenderlas a otros casos o defectos que aparezcan en los procesos, mediante interpretaciones analógicas.

Las causales de nulidad referidas surgen como desarrollo del artículo 26 de la Carta que consagra las garantías del debido proceso y del derecho de defensa; ellas tienen que ver esencialmente con el interés de la parte demandada y su derecho a ser oída en el proceso. Aplicando dicho principio al sub-judice, se tiene que el auto que admitió la demanda fue notificado personalmente al demandado a través de comisionado, aún cuando después de los dos días que para ello señaló el comitente, dado que el alcalde elegido no se encontraba en la localidad de Balboa. Esto indica que el vicio alegado por la parte demandada no se estructuró, y la única irregularidad que podía predicarse es la extemporaneidad en la ejecución de la diligencia, pero por razones no imputables al comisionado, lo que podría constituir un exceso en los límites de sus facultades, caso en el cual, eventualmente, se haría nula su actuación conforme lo establece el artículo 34 del C. de P.C., pero no la del proceso, en razón de que el hecho de exceder tales límites no está contemplado dentro de los motivos que la ley señala, taxativamente, para que aquél sea afectado total o parcialmente de nulidad.

De no ser posible la notificación personal dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto que admite la demanda, el art. 233-3 del C.C.A., ordena que "...sin necesidad de orden especial se lo notificará por edicto..."; en este evento no se recurrió a esta última, porque ya se había surtido aquella notificación.

Lo anterior permite concluir que la irregularidad referida no vulneró al derecho de defensa ni desmejoró la situación procesal del demandado dado que se enteró efectivamente de la acción instaurada contra su elección como alcalde del municipio de Balboa, permitiéndole actuar en calidad de parte; tampoco generó nulidad alguna que ameritara invalidar lo actuado, según lo corrobora el artículo 140-4 del nuevo C. de P.C. - cuyo texto es idéntico al del artículo 152-4 del antiguo - que establece que la nulidad se considera saneada "Cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa", argumentó que también sostuvo la providencia recurrida y rechazado por el apoderado de la parte demandada, cuando sostiene que"... el señor JULIO ESPAÑA no ha saneado la nulidad apesar (sic) de haber contestado la Demanda, (sic) por cuanto la primera medida que tomó fue alegar la nulidad....", pretendiendo así demostrar que no se presentó el

evento señalado en el art. 144-3 del nuevo C. de P.C. -156-3 del antiguo - que dice:

"Art. 144.- Saneamiento de la nulidad. La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos:

...

3º. Cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente".

Al respecto cabe reiterar, que de haberse configurado la causal comentada su saneamiento se hubiera producido en virtud del numeral 4º. del artículo 144 del nuevo C. de P.C. - 156-4 del antiguo - después de lo cual el recurrente presentó argumento en contrario, basado en el numeral 3º. de la misma disposición, alegando la existencia de una nulidad ya convalidada por mandato expreso de la ley.

No sobra anotar que el acto administrativo impugnado en este proceso, tan solo contiene una declaratoria de elección, la del señor Julio César España, mal podría entonces como lo afirma el apelante entenderse demandados"... *todos* los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende..." , ciudadanos a los que califica de personas indeterminadas y cuyo emplazamiento considera indispensable (subraya la Sala).

Finalmente, esta Sala considera oportuno observar al Tribunal que, en aras de la economía procesal y del principio de celeridad que rige los procesos electorales, debió resolver en una misma providencia la nulidad propuesta por el apoderado de la parte demandada y la corrección de la demanda presentada en la misma fecha (folio 35, cuaderno No. 1), en la que se libró despacho comisorio (folio 32, cuaderno No. 1), ya que de haber admitido la corrección, las disposiciones contenidas en el auto admisorio incluyendo la actuación del comisionado cuya nulidad se estudia, debía ser repetida; y proceder como lo hizo, solo si la corrección no era procedente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confírmase el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 28 de junio de 1990, mediante el cual, resolvió no declarar la nulidad de lo actuado, dejando en firme el auto admisorio de la demanda, proferido el 24 de abril del año en curso y las demás actuaciones posteriores.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL. INSCRIPCION DE CEDULAS

Las circunscripciones electorales son independientes unas de otras, de manera que las circunstancias en las que se desarrolla los comicios, y el resultado de las votaciones son también independientes por lo que irregularidades electorales ocurridas en una circunscripción no pueden afectar la validez de los registros electorales de otra u otras. Si llegare a ser posible que personas con cédulas inscritas en distintas circunscripciones electorales logran votar, el voto no afectaría el resultado en cada una de esas circunscripciones por tratarse de diferentes listas de candidatos. Pero la doble o múltiple votación con base en la doble o múltiple inscripción de cédulas resulta hoy imposible.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta- Sala de Decisión.

Bogotá, D.E., Septiembre tres (3) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Referencia: Expediente Nº. 0377 . Actor : Jorge Enrique Valencia Martínez.

Procede la Sala a decidir el recurso ordinario de súplica invocado por el demandante contra el auto proferido por el señor Consejero Conductor de este proceso el 15 de los corrientes, en cuanto deniega por ineficaces e improcedentes las pruebas determinadas en los numerales 3, 3A, 3B, 3C y 4, pedidas en escrito visible a los folios 33 a 40.

Con tales pruebas se pretende demostrar que "... de los municipios de Puerto Nare y Puerto Triunfo en Antioquía y de Panta en Cundinamarca, pasaron ciudadanos indebidamente inscritos a votar en Puerto Boyacá y Guateque respectivamente...".

Para denegar el decreto y práctica de las pruebas el señor Consejero Ponente adujo que "... la inscripción de cédulas que irregularmente se hubiera podido efectuar en municipios de Cundinamarca y Antioquia para las elecciones del 11 de marzo del corriente año ninguna incidencia tendría respecto de las pretensiones de la demanda, habida cuenta que éstas versan con la declaratoria de elección de senadores por la circunscripción electoral de Boyacá y Casanare.- Al efecto sólo cuentan los votos emitidos dentro de la circunscripción, que no la inscripción de cédulas y votos consignados en otras reparticiones electorales, así fuera de personas doblemente inscritas, pues que la inconsistencia que podría llevar a la anulación de un registro electoral se puede sustentar en el voto de quienes lo hicieron sin haberse inscrito legalmente," siendo irregular su inclusión en el respectivo censo, que no en la inscripción y voto en otra circunscripción."

Para resolver,

SE CONSIDERA:

En este proceso se busca la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 2 de 1990, por medio del cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de Senadores para el período constitucional de 1990 a 1994, por la circunscripción Electoral de Boyacá y Casanare, "... pero únicamente en cuanto se declaró la elección de Senadores.". Se pretende también la invalidación de los "...registros electorales intermedios, que sirvieron de base..." para la expedición del acto acusado.

La Constitución Nacional en sus artículos 176 y 177 establece las circunscripciones electorales para la elección de Senadores y Representantes, circunscripciones que corresponden a las distintas "entidades territoriales" conforme al artículo 5º de la misma Carta. Esas circunscripciones electorales son independientes unas de otras, de manera que las circunstancias en las que se desarrollan los comicios, y el resultado de las votaciones son también independientes, por lo que irregularidades electorales ocurridas en una circunscripción no pueden afectar la validez de los registros electorales de otra ú otras.

Por manera que si llegare a ser posible que personas con cédulas inscritas en distintas circunscripciones electorales lograran votar, el voto no afectaría el resultado en cada una de esas circunscripciones por tratarse de diferentes listas de candidatos. Pero la doble o múltiple votación con base en la doble o múltiple inscripción de cédulas resulta hoy imposible porque la inscripción

de tales documentos queda cerrada treinta (30) días antes del día de las elecciones y conforme a las normas del Código Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil efectúa el cruce correspondiente de datos para evitar que un ciudadano aparezca dos o más veces en las listas de sufragantes, pues como reza el artículo 81 de dicho Estatuto "Cuando un ciudadano inscriba su cédula dos o más veces, la última inscripción anula las anteriores". Y es que el perfeccionamiento del sistema electoral llegó hasta el punto de hacer posible eliminar la prohibición de transitar de un municipio a otro el día de los comicios y el uso de la tinta indeleble, cuya finalidad era precisamente evitar la doble o múltiple votación.

Por las razones anteriores, la Sala de Decisión encuentra la motivación del auto recurrido.

No sobra anotar que de acuerdo con el artículo 78 del Código Electoral la inscripción irregular de cédulas no surte efectos y quienes la toleren serán sancionados " sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad penal", y que la doble o múltiple votación deberá ser denunciada por la Registraduría Nacional ante la autoridad competente para que por la vía penal se investigue y sanciones el fraude.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confírmese el auto suplicado en cuanto fue objeto de la inconformidad del recurrente. En consecuencia, se niega el decreto y práctica de las pruebas determinadas en los numerales 3, 3A, 3B, 3C y 4 pedidas en escritos visibles a folios 33 a 40 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/ EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

Los hechos constitutivos de excepciones previas en el proceso civil no tienen formulación incidental dentro del proceso contencioso adtivo, pero pueden llegar a constituir un impedimento procesal para dictar sentencia que decida el fondo de la controversia, ya que es indubitable que la falta de jurisdicción, el compromiso, el pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo punto, la cosa juzgada, la caducidad de la acción o la transacción etc., impiden AL JUEZ o Tribunal resolver sobre el derecho sustancial alegado por el demandante. Debió el a quo haber considerado la alegada excepción de inepta demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., Septiembre cinco (5) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 0407 Recurso de apelación contra la sentencia de 14 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño. Actor : Jacobo Chávez Vela.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte impugnadora, contra la sentencia de la referencia por la cual se declaró nula la elección del doctor Jorge Luis Piedrahita Pazmiño, como Concejal del municipio de Ipiales, para el período 1990-1992.

I. FUNDAMENTOS DE LA ACCION.

El actor considera que la declaratoria de elección del doctor Piedrahita Pazmiño, como concejal principal del municipio de Ipiales, para el período 1990-1992, esta viciada de nulidad, dado que el elegido se desempeñó como empleado oficial entre el 14 de febrero y el 1o. de diciembre de 1989, es decir, dentro de los seis meses anteriores a su elección, en el cargo de Secretario General de la Contraloría Departamental de Nariño, y, por ello, se encontraba incurso en la causal de inhabilidad señalada en el artículo 83 del decreto ley 1333 de 1986, interpretado por la ley 45 de 1989; además, el actor considera igualmente transgredidos los artículos 196, inciso segundo, de la Constitución Nacional, y 223-5 del C.C.A., modificado por el artículo 65 de la ley 62 de 1988.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

El *a-quo* declaró nulo el acto administrativo electoral demandado, fundamentando su decisión en los argumentos que se sintetizan a continuación:

1o. El artículo 196 de la Carta, dejó a la ley la determinación de las calidades e incompatibilidades de los concejales.

2o. la ley 11 de 1986 facultó al Presidente de la República para hacer una codificación de todo lo relacionado con el régimen municipal, lo que debía hacer con el auxilio de una comisión asesora.

3o. En el artículo 83 del Decreto Ley 1333 de 1986, codificador de la disposición contenida en el artículo 54 de la ley 11 del mismo año, se consagraron los requisitos para ser elegido concejal y se establecieron las inhabilidades, entre ellas, la relativa al hecho de haberse desempeñado el elegido como empleado oficial durante los seis meses anteriores a la respectiva elección.

4o. Con la constancia expedida por el señor Secretario General de la Contraloría del Departamento de Nariño, con fecha 20 de marzo de 1990, aparece demostrado que el doctor Jorge Luis Piedrahita Pazmiño, laboró en esa entidad entre el 14 de febrero y el 1o. de diciembre de 1989, de lo cual se deduce que entre esa última fecha y el día 11 de marzo de 1990, fecha de las elecciones para corporaciones públicas, sólo transcurrieron tres meses y un día, y no los seis meses de que tratan las normas que consagran la inhabilidad. Sin embargo, el doctor Piedrahita Pamiño se inscribió como candidato principal para el concejo municipal de Ipiales, obteniendo un escaño en el cabildo indicado, por lo que debe procederse a la declaración de nulidad del acto de elección y a la cancelación de la correspondiente credencial.

5o. Finalmente, observó el a-quo que las excepciones propuestas "no caben en los procesos electorales", y por esa razón no las consideró.

-III-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION.

El opositor diciente de la sentencia recurrida, en cuanto rechazó la excepción de fondo propuesta en la contestación de la demanda con el argumento de que "...no caben en los procesos electorales...".

La excepción de inepta demanda se basó en el hecho de que la certificación aportada como anexo de la demanda para demostrar la cuantía del presupuesto del municipio de Ipiales, fue expedida por el Jefe del Departamento de Examen de Cuentas de la Contraloría Municipal - de la localidad precitada, funcionario que carecía de competencia para hacerlo, pues esta es del contralor municipal o de la secretaría administrativa de dicha dependencia, según el Acuerdo por medio del cual se adoptó el Reglamento Interno de la Contraloría Municipal - de Ipiales, cuya copia autenticada se hizo llegar al proceso.

Considera, entonces, que la excepción propuesta está llamada a prosperar, ya que según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la exigencia de aportar la certificación sobre el monto del presupuesto anual ordinario del respectivo municipio, es esencial para determinar el número de instancias del proceso, y ella debe ser expedida por la oficina encargada del manejo del presupuesto, y no por el jefe del Departamento de Examen de Cuentas que no tiene esa función.

Observa, además, que al proponer incidente de recusación en contra del Señor Fiscal Cuarto del Tribunal, éste no esperó a que se desatara, olvidando que ellos, es decir, los incidentes, pueden intentarse aún cuando el expediente esté en la mesa del fallador, como ocurrió en este caso.

-IV-

EL CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

La agencia del Ministerio Público ante esa Sección, conceptúa que la excepción propuesta debe ser rechazada, dado que ella se dirige contra el procedimiento y no a la prosperidad de las pretensiones, como lo establece el decreto 01 de 1984.

En cuanto al problema de fondo, expresa que, de acuerdo con las pruebas aportadas al juicio, pudo establecerse que la elección del doctor Piedrahita Pazmiño, como concejal principal del municipio de Ipiales, se produjo con

violación de las normas invocadas en la demanda, y, en consecuencia, la sentencia debe ser confirmada.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- *La excepción propuesta.* Las excepciones, como medios de defensa que el demandado puede utilizar para oponerse a las pretensiones de la demanda, pueden dirigirse a impugnar el derecho pretendido, o, el procedimiento empleado dentro de un proceso para obtener su reconocimiento; en el primer caso, se denominan de mérito y se proponen con fundamento en hechos encaminados a enervar o destruir los efectos jurídicos de la acción misma, v, gr. cosa juzgada, prescripción, novación, nulidad, etc.; a ellas se refiere el inciso tercero del artículo 164 del C.C.A., en los siguientes términos: "Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión". En el segundo caso, figuran las que se conocen como excepciones previas, dirigidas ellas a corregir errores que obstarán a una fácil decisión (defecto legal en el modo de presentar la demanda, conocida como excepción de inepta demanda); a evitar un proceso inútil (litispendencia); a impedir un juicio nulo (incompetencia absoluta, falta de capacidad o de personería); a asegurar el resultado del juicio; las mismas aparecen enlistadas, en cuanto hace relación al derecho colombiano, en el artículo 97 del C. de P.C., en la forma como quedó después de su modificación por el decreto ley 2282 de 1989, dentro de las cuales la contemplada en el numeral 7o. bajo la denominación "Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de los requisitos formales...", correspondería a la alegada por el apelante como fundamento de su recurso.

En materia contencioso-administrativa, el antiguo C.C.A. (Ley 167 de 1941), disponía que ante lo contencioso- administrativo "sólo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción" (art. 109), esto es: al derecho pretendido. Por tanto, conforme a tal ordenamiento no eran de recibo como *excepciones*, las que apuntaban a aspectos diferentes del nacimiento, modificación y extinción del derecho reclamado. De donde resultaba que la "falta de demanda en forma o inepta demanda" no tenía legalmente el carácter de excepción en lo contencioso-administrativo, sino impeditivo procesal.

La situación cambió en este sentido con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, pues en el decreto ley 01 de 1984, artículos 163 y 164, se dispuso que los hechos constitutivos de excepciones previas en el proceso civil "no tendrán formulación incidental dentro del contencioso-administrativo; pero podrán alegarse como motivos de nulidad, como excepciones de fondo y aún como razones para recurrir".

Las críticas que, en su momento, se le hicieron a esta disposición contenida en el art. 163 del C.C.A., consistentes, de un lado, en la circunstancia de que al permitir la norma que los hechos constitutivos de excepción previa, según la ley procesal civil, se deban plantear ante el juez contencioso como excepciones de fondo, pudiera entenderse, cayendo en un absurdo, en el sentido de que se habían convertido las excepciones previas en excepciones de fondo y que, por consiguiente, deban resolverse, como éstas, en la sentencia, y que por ese camino, lo que es previo y a veces subsanable se convertiría en definitivo e irremediable, solución que no está de acuerdo con la idea de buscar celeridad en los procesos contencioso- administrativo, y de otra parte, en el hecho cierto e incontrovertible de que no todas las excepciones previas constituyen causales de nulidad de lo actuado en el proceso, y las que no lo sean (compromiso, pleito pendiente, cosa juzgada, transacción, caducidad, etc.), no deben tramitarse como incidente, sino que las mismas deben decidirse en la sentencia, llevaron probablemente a la derogación del precitado artículo por el decreto ley 2304 de 1989, art. 68.

En esa forma, es indubitable que quedó un vacío en materia de excepciones previas, vacío que no existía en la ley 167 de 1941 (C.C.A, anterior), ya que en ella existía el artículo 109 que era terminante al expresar: "En los juicios ante lo contencioso administrativo solo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción", ya que en el decreto ley 01 de 1984, después de las modificaciones y derogaciones que le introdujo el decreto ley 2304 de 1989, no existe disposición idéntica o similar, como fácil es constatarlo.

Ante ello, no cabe llegar a otra conclusión diferente a la siguiente; los hechos constitutivos de excepciones previas en el proceso civil no tienen formulación incidental dentro del proceso contencioso-administrativo, como lo preceptuaba el art. 163 del C.C.A., ahora derogado y que, en esa parte, debió mantenerse como manera o modo de garantizar la celeridad del proceso contencioso administrativo, derogando solo la parte *in fine* de la disposición; pero pueden llegar a constituir un impedimento procesal para dictar sentencia que decida el fondo de la controversia o contención, ya que es indubitable que la falta de jurisdicción, el compromiso o cláusula compromisoria, el pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo punto, la cosa juzgada, la caducidad de la acción o la transacción, etc., impiden al juez o tribunal resolver sobre el derecho sustancial alegado por el demandante.

Resultado de lo anterior, es que el a-quo debió haber considerado la alegada excepción de "inepta demanda" y no haberse limitado, con olvido de los artículos 163 de la C.N. y 170 del C.C.A., a expresar que "las excepciones propuestas no caben en los procesos electorales".

De acuerdo, entonces, con lo expresado, la Sala entra a determinar si la constancia o certificación sobre el monto del presupuesto anual ordinario del

municipio en donde se realizó la elección o el nombramiento que se demanda, es requisito de la demanda o no. La Sala, en diversas oportunidades, ha expresado su criterio sobre el particular, que ahora se reitera, una vez más, en el sentido de considerar que la certificación presupuestal constituye requisito sustancial de la demanda, para efectos de determinar la competencia, en única o en primera instancia, del correspondiente Tribunal Administrativo; que, siendo ese requisito elemento sustancial de la demanda, debe aparecer acreditado desde el momento de la formulación de aquella, para que pueda ser admitida y rituada; y que no cumpliéndose con ese requisito, debe el juez inadmitir la demanda y devolverla al interesado para que la corrija o modifique, desde ese punto de vista, dentro del término que concede la ley.

Empero, igualmente, ha dicho que de admitirse la demanda, rituarse y fallarse, no obstante no obrar en el proceso, desde el inicio del mismo, la certificación o constancia sobre el monto del presupuesto anual ordinario del municipio no capital de Departamento, no le queda otra alternativa a la Sección Quinta de la corporación, que la de declararse inhibida de conocer del recurso de apelación ejercitado contra la sentencia del Tribunal, por presunción de tratarse de un proceso de única instancia. -No obstante, la Sala no procederá a ello, pues existiendo en el proceso documento público, por medio del cual se pretendió acreditar el presupuesto anual ordinario del municipio de Ipiales, desde el inicio del juicio, encuentra que a él debe dársele todo su valor probatorio, por las siguientes consideraciones:

1a.- Se trata, como se ha dicho, de un documento público otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo, que, por lo mismo, se presume auténtico.

2a. No se ha formulado tacha de falsedad contra el mismo.

3a. Si bien es cierto se desconoce por el apelante su valor probatorio, en razón de la supuesta falta de competencia del señor Jefe del Departamento de Examen de Cuentas de la Contraloría Municipal de Ipiales para certificar sobre el monto del presupuesto anual ordinario, y para ello anexó al expediente, junto con el escrito por medio del cual se constituyó en parte opositora de la acción, fotocopia autenticada por Notario del Acuerdo no. 001 de 1989, expedido por el Concejo de Ipiales, por el cual se establece la estructura orgánica de la Contraloría de dicho municipio y las funciones generales para los cargos de la misma, de donde pudiera deducirse que es función del Contralor Municipal o del Secretario Administrativo, la de certificar sobre el monto del presupuesto anual ordinario de Ipiales, no es menos cierto que: a) no se solicitó que se le tuviera como prueba, ni se dispuso por el juez que se tuviera como tal, en los términos de ley y especialmente para efectos de su publicidad y contradicción; b) la autenticación realizada por el Notario no dice que es copia o fotocopia del documento original o de copia autenticada que tuvo a la vista; simplemente anota que "esta copia coincide con documento

que he tenido a la vista"; y c) la fotocopia o reproducción fotostática del documento visible al folio 41 del expediente, autenticada con los requisitos de ley por la Secretaría del Concejo Municipal de Ipiales, no aclara a cual Acuerdo del mismo concejo corresponde esa reproducción fotostática en donde se hace constar que recibió los tres debates de ley, en las fechas que se indican.

En síntesis: no hay prueba "regular y oportunamente allegada al proceso", que permita fundar en ella la decisión judicial, ni los documentos aportados por la opositora-apelante, para con ellos restarle valor probatorio a la certificación sobre el monto del presupuesto anual ordinario que se anexó a la demanda, fueron expedidos con el lleno de los requisitos de ley, requisitos que son fundamentales, pues, como ya se dijo por la Sala en otra oportunidad, el menosprecio de las exigencias legales en materia de expedición de copias, puede conducir o llevar al juez a un yerro de valoración.

En consecuencia, la Sala debe llegar a la conclusión de que no se dió el impeditivo procesal de "inepta demanda", señalado y propuesto como excepción por el recurrente, y entrará a decidir el fondo de la contención.

2.- *El aspecto de fondo de la controversia.* La Sala encuentra ajustados a derechos los razonamientos expuestos por el a-quo en la sentencia apelada, para proceder a declarar la nulidad del acto administrativo electoral por medio del cual se declaró electo como concejal municipal de Ipiales, para el período en curso, al doctor Jorge Luis Piedrahita Pazmiño, y cancelar la respectiva credencial, ya que, efectivamente, en los términos del art. 83 del decreto ley 1333 de 1986, por haber desempeñado un empleo público en la Contraloría Departamental de Nariño, hasta el 1o. de diciembre de 1989, se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal principal del precitado Municipio. Por ello, habrá de confirmar la sentencia apelada.

Por 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 del señor Agente del Ministerio Público y parcialmente de acuerdo con él,

FALLA:

1o.- Declárase no probada la excepción o impeditivo procesal de "inepta demanda", propuesta por el opositor-recurrente.

2o.- Confírmase, en todas sus partes, la sentencia de catorce (14) de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el proceso de la referencia.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día tres del cursante mes y año.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE- Inhabilidades. **SANCION PENAL. DOCUMENTO PUBLICO. SUSPENSION PROVISIONAL-**Improcedencia

Las fotocopias o "reproducción mecánica" que obran en este proceso, acompañadas con la demanda, y aducidas como prueba por el demandante para demostrar la existencia de sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, y así demostrar la causal de inhabilidad, carecen de valor probatorio porque no son auténticas. No puede el juez, al resolver sobre la petición de suspensión, ni al decidir el recurso que contra esa resolución se interponga, tener en cuenta prueba distinta a la documental y siempre y cuando ésta tenga el carácter de "documentos públicos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., Cinco(5) de Septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente : *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Referencia: Expediente Nº.0421 Actores: Augusto Hernández Becerra y Jorge Eduardo Chemas Jaramillo.

De plano, como lo dispone el artículo 33 del D.E. 2304 de 1989,que subrogó el art. 155 del C.C.A., procede la sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a decidir el recurso. de apelación propuesto personalmente por el doctor José Ignacio Vives Echeverría contra el auto proferido el 1o de junio de 1990 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que admite la demanda de nulidad del acto declaratorio de elección del precitado doctor Vives Echeverría como Alcalde de la Ciudad de

Santa Marta y suspende provisionalmente los efectos del mismo. El recurso impugna el punto tercero de la parte resolutiva de la providencia recurrida, del siguiente tenor:

> "3o. Suspender provisionalmente el acto administrativo de fecha 29 de marzo de 1990, por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon elegido como Alcalde Mayor del Municipio de Santa Marta al doctor José Ignacio Vives Echeverría, por estar comprendido él dentro de una causal de inhabilidad al momento de su elección.-"

El recurso fue concedido en el punto segundo de la parte resolutiva del auto del 18 de julio de 1990, así:

> "2o. Conceder para ante el Consejo de Estado y en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el doctor JOSE IGNACIO VIVES Echeverría contra el auto del primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa (1990) únicamente en cuanto decretó la suspensión provisional del acto que lo declaró elegido como Alcalde Mayor de Santa Marta para el período 1990-1992.".

LA PROVIDENCIA OBJETO DEL RECURSO

Para los efectos de decidir sobre la suspensión provisional pedida y sustentada en la demanda (fls.27 a 30), el *a-quo* luego de referirse al "Alcance de la medida de suspensión provisional. ", con apoyo en auto pronunciado por esta Sección Quinta el 18 de julio de 1988, expediente No. 0177, actor Alfonso Santos Montero y sentencias de la misma Sección proferidas el 25 de noviembre de 1988 en el expediente No.0221, actor Rafael Díaz Mesa y el 6 de abril de 1989 en el expediente No. 0284, actor Gustavo Enrique, que transcribe , sostiene:

> "En síntesis, según la clara y reiterada postura jurisprudencial del Consejo de Estado, para que tenga ocurrencia la causal de inhabilidad consagrada en el literal c) del artículo 5o de la ley (Sic) 78 de 1986 *se requiere que la condena esté vigente al momento de la elección*, y que *de ese concepto participan las penas no cumplidas, las suspendidas en su ejecución o condicionales y no extinguidas.*
>
> La suspensión de la ejecución de la pena "...fenómeno, también llamado condena condicional o condena de ejecución condicional, tiene la virtud de suspender durante cierto lapso la ejecución de la pena ya impuesta; vencido el término fijado sin que el favorecido reincida en la (sic) comisión de un delito o incumpla las obligaciones impuestas, la condena queda definitivamente extinguida. Se trata , pues, de una causa de extinción de la punibilidad sujeta a condición". (Alfonso Reyes E. Derecho Penal, U. Externado de Colombia, 7a ed. 1980, pag. 449, se relieva).

El autor citado agrega:

"El incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones impuestas o la comisión de un nuevo delito *durante el período de prueba*, trae como consecuencia la suspensión del beneficio y, por ende , la ejecución de la pena (art.82 C:P y 694 C. de P.). (Sic). Sí, en cambio, durante tal período el condenado cumple las obligaciones señaladas y no incurre en otro delito, la pena se extingue definitivamente; "(ibídem (Sic), pag. 450) (Se subraya y relieva).

La situación concreta del doctor José Ignacio Vives Echeverría.

Ahora bien se encuentra el doctor José Ignacio Vives Echeverría en alguna de estas situaciones de vigencia de la condena que le fué impuesta (pena no cumplida, suspensión en su ejecución condicional o no extinguida)?

El expediente arroja la siguiente respuesta:

Mediante sentencia del 17 de febrero de 1985, el Juzgado 17 Superior de Bogotá condenó a José Ignacio Vives Echeverría a la pena principal de tres (3) años de prisión, por haberlo encontrado responsable del delito de falsedad documental. Asimismo, lo condenó a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

El cumplimiento de esta condena se le suspendió por un período de prueba de cinco(5) años.

Por apelación, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 22 de agosto de 1986, en cuanto atañe al doctor José Ignacio Vives Echeverría confirmó la sentencia anterior, " *con la adición en la diligencia de compromiso de presentarse cada treinta (30) días, durante el período de prueba, ante el juzgado de conocimiento* (se subraya).-

Finalmente , la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 25 de agosto de 1987, se abstuvo de casar la sentencia inmediatamente anterior.

Conforme aparece en constancias secretariales, la sentencia condenatoria quedó ejecutoriada el nueve (9) de septiembre de 1987 (folios 80 vto., 148 y 161 vto). A partir de ese día comenzó a correr el período de prueba de cinco (5) años, a cuyo vencimiento se extinguirá la pena . Este período de prueba vence , entonces el nueve (9) de septiembre de 1992. Si se tuviera solo en cuenta la fecha de la sentencia confirmatoria

proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el período de prueba terminará el 22 de agosto de 1991 . En uno y otro caso, se concluye que cuando el doctor José Ignacio Vives Echeverría fue declarado elegido Alcalde de Santa Marta, el 29 de marzo de 1990, tenía condicionado el cumplimiento de una condena a pena privativa de la libertad, por delito no político, apenas suspendida en su ejecución, como que debe él estarse presentando periódicamente al Juez del conocimiento.

Procedencia de la suspensión provisional.

Conforme al artículo 152 del código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional es procedente, en tratándose de acciones de nulidad, cuando la violación de una norma invocada aparece de manifiesto, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Las copias, de las sentencias ejecutariadas, aportadas con la solicitud, documentos públicos como son, permiten establecer *prima facie*, sin que sea menester un examen exhaustivo, que el doctor José Ignacio Vives Echeverría se encuentra cobijado por la causal de inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, puesto que " la suspensión de la ejecución de la sentencia no produce el agotamiento del ministerio punitivo no constituye causa que ponga fin a la prosecusión penal ". (C.de E.).-

Por tanto, no podía él ser elegido Alcalde de Santa Marta; y la declaratoria de su elección comporta flagrante violación de la ley, lo que se ha de reconocer, sin que ello pueda considerarse, como prejuzgamiento o como toma antelada de posición frente al resultado final de la acción intentada".

EL RECURSO

Con escrito visible a los folios 227 a 246, presentado personalmente, el 7 de junio próximo pasado, el doctor José Ignacio Vives Echeverría interpuso recurso de apelación contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que admite la demanda que dió origen a este proceso y suspende provisionalmente "... el acto administrativo, de fecha 29 de marzo de 1990, por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon elegido como Alcalde Mayor del Municipio de Santa Marta al doctor José Ignacio Vives Echeverría, por estar comprendido él dentro de una causal de inhabilidad al momento de su elección. ". El recurso " ...va únicamente dirigido y en forma directa, contra la parte del auto mencionado por medio de la cual se decretó la suspensión provisional de mi elección como Alcalde de Santa Marta,...".

Sustentó el recurso en cinco motivos de inconformidad, que la Sala resume así:

1o.- Las copias, que son "reproducciones mecánicas ", aportadas con la demanda y que sirvieron de base al Tribunal para suspender provisionalmente los efectos del acto demandado, "... ni son originales ni están autenticados legalmente, y por ende carecen de todo valor probatorio,...".

Se certificó sobre la fecha de la ejecutoria de las tres sentencias aportadas en fotocopias o "reproducciones mecánicas", pero no se certificó "... sobre su autenticidad... ", por lo que no tienen valor de documentos públicos de acuerdo al contenido de los artículos 251, 252 y 253 del C. de P.C . tales fotocopias " ... no están autenticadas por ningún notario o juez; por tanto carecen de valor probatorio". Las tres fotocopias adolecen de "... los requisitos y exigencias de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil en sus textos vigentes antes de la vigencia del Decreto 2282 de 1989 , ni reúnen los exigidos por éste en su artículo 117. Las fotocopias no están autenticadas por ningún "... funcionario público...", y las tres constancias de ejecutoria "... no están firmadas por el Juez 17 Superior de Bogotá, pero ni siquiera por el Secretario del Juzgado que es la doctora Olga Inés Muñoz C. sino que por ella, sin autorización ni encargo previo del señor Juez, firmó las tres constancias....."Por "la Secretaria, sin haberse anexado la prueba de que fue autorizada para el acto por el señor Juez...". Las fotocopias expedidas en tales condiciones ".... no constituyen documentos públicos idóneos, ni al amparo del Código de Procedimiento Civil vigente antes del 1º de junio..., ni tampoco tienen ningún valor probatorio porque no están autenticadas y porque no contienen el auto que ordenó expedir las copias ni éstas tienen la firma de la Secretaria del Juzgado 17 Superior de Bogotá, como ya se explicó, conforme al artículo 63 del Decreto 2282 de 1989...".

Respecto de la certificación sobre la ejecutoria de las sentencias , el recurrente anotó que "... solamente los Jueces "pueden expedir Certificaciones sobre la existencia de procesos, la ejecutoria de resoluciones judiciales,..."como lo enseña el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil. Las tres certificaciones "..., carecen de valor probatorio ... " porque la secretaria "...no tiene competencia certificatoria según la ley por no ser juez ...". Y aunque las certificaciones tienen el carácter de documentos públicos, es decir que son plena prueba , más en este caso no porque quien los expidió no es juez, ni funcionario, que son quienes pueden hacerlo a tenor del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil.

2o.- Como el tribunal al disponer la suspensión omitió "injustamente " tener como elemento de juicio las copias de las "...Resoluciones No. 0159 de 2 de Febrero de 1989, proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil y la No. 001 de 28 de Febrero de 1990, proferida por el Registrador Auxiliar de la zona uno (1) de Santa Marta, las "... despojó de la *presunción*

de legalidad que las ampara..." de plano las declaró nulas. pido que se enmiende el error cometido y que se permita que sea en el curso del proceso, con prueba controvertida, libre examen y argumentación contestataria, que se establezca si la Registraduría Nacional y a la Registraduría Auxiliar de la Zona Uno (1) de Santa Marta, actuaron dentro de la ley. Porque se desde ahora , si anticipadamente se descalifica la legalidad de esos actos administrativos, debo considerar roto el equilibrio procesal y ser víctima de una decisión extemporánea y prematura".

Como la finalidad de la suspensión provisional es la "... de hacer un reconocimiento inmediato del imperio de la ley " , en su caso " ... para establecer *prima facie*, la ruptura de esa legalidad ", es necesario establecer si su elección de Alcalde, para los efectos de la inhabilidad que se le predica, está sujeta a las consecuencias de la sentencia penal conforme a la preceptiva del Derecho penal y Procesal Penal "... o si la elegibilidad debe atenerse a la guía de las autoridades administrativas".

Al referirse a la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho "...acerca de las condenas a que se refiere la inhabilidad del literal c), tenida en cuenta por el Tribunal para decretar la suspensión, manifiesto que el valor que da a la interpretación "...el máximo Tribunal de Justicia..."no impide que se puedan plantear tesis diferentes valederas.".

Partiendo de la base de que el texto del artículo 5o de la ley 78 de 1986 no indica "... qué modalidad de condena es la que origina la inhabilidad. ", afirma que jueces y tratadistas están de acuerdo en que no puede la norma referirse "... a todas las condenas, pues comprendería esa interpretación a las sentencias prescritas, a las extinguidas, a las cumplidas y quedarían instituidas las penas con efectos intemporales".

Respecto de la condena de ejecución condicional, la suspensión de la condena frente al significado que el "Diccionario hispánico Universal" da a la palabra "vigencia" , es todo lo contrario, pues "... detiene la fuerza de la ley... ", de manera que la condena condicional o suspendida " ... *no está* vigente... ". Estando la condena suspendida y, por consiguiente, "... no sufriendo prisión, ni interdicción de derechos y funciones públicas pues mi cédula de ciudadanía fue dada de alta por la Registraduría Nacional, y tampoco perdí mis derechos de patria potestad sobre mis hijos, entonces cómo es posible que se diga que para todas estas penas más graves la sentencia no está vigente y no se está ejecutando, pero sí hay que ejecutarla en cuanto a la inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 5o de la ley 78 de 1986 ?."

Sin despejar todas esas incógnitas, se pregunta, "... cómo decretar la suspensión de un acto administrativo?... ". La norma "...se refiere a quién sufre una pena simple, o una condena ordinaria de las que se imponen para defender la sociedad o hacer sufrir al sentenciado. La condena condicional

"...no hace ni lo uno ni lo otro, como el artículo 5o, literal c) de la ley 78 de 1986 no distingue, no debe interpretarse "... de manera extensiva y general".

3o.- La causa de inhabilidad en que se fundamenta el Tribunal para suspender los efectos del acto demandado, existe en la Constitución Política desde 1886 para ser senador, representante o diputado. Las inhabilidades para ser elegido alcalde fueron determinadas por la ley 78 de 1986 para reglamentar lo dispuesto en el artículo 3o del Acto Legislativo Número 1 de 1986. La inhabilidad consagrada en el literal c) del artículo 5o de la precitada ley "... es sin duda alguna una *pena* adicional y de carácter electoral, a las de prisión, interdicción y pérdida de los derechos de patria potestad que me impuso la sentencia del 22 de Febrero de 1985 del Juzgado 17 Superior de Bogotá", no obstante que la inhabilidad fue establecida por ley posterior. Si la ley no es retroactiva, menos " en materia sancionatoria " salvo el caso de aplicación del principio de la favorabilidad ", por virtud de lo dispuesto en los artículos 26 de la Constitución, 6o del Código penal y 5o del Código de procedimiento Penal, no se le puede aplicar al literal c) del artículo 5o. de la ley 78 de 1986. " En consecuencia , aplicarme la sanción de "Inhabilidad " creada por el literal c) del artículo5o de la ley 78 de diciembre de 1986 a hechos ocurridos en 1979 y por una condena derivada de sentencia proferida el 22 de febrero de 1985, sería darle a la ley 78 un efecto retroactivo prohibido por normas superiores de derecho como las que hemos invocado.".

4o.- sobre la base de que la suspensión provisional opera sin sujeción al principio de contradicción, referido a la posibilidad de controvertir la prueba, y para "prevenir" que los demandantes indujeran al *a-quo* a suspender provisionalmente el acto acusado, con escrito fechado el 10 de mayo presentó pruebas que " deliberadamente " fueron ignoradas por los demandantes.

Luego de referirse al instituto de la suspensión provisional y a su evolución a partir de la ley 167 de 1941 hasta la expedición del Decreto 2304 de 1989, y apoyándose en auto proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 25 de febrero de 1985, que transcribe, concluye que se trata de una medida que debe aplicarse no " con ánimo generoso" sino de manera restrictiva, por ser excepcional, para evitar " un acto injusto que lesione la *formalidad* , la *publicidad* y la *contradicción* ", pretendidas precisamente con las Resoluciones Nos. 0159 de 2 de febrero de 1989 del Registrador Nacional del Estado Civil y 001 de 28 de febrero de 1990 del Registrador Auxiliar del Estado Civil de la Zona Uno (1) de Santa Marta.

A la vista de esas pruebas el *a-quo* debió realizar "... un estudio más a fondo susceptible sólo de hacerse al dictar sentencia y no en la providencia..." objeto del recurso de apelación. Ambas Resoluciones son actos administrativos amparados por la presunción de legalidad, a tenor del artículo 66 del C.C.A. subrogado por el artículo 9o del Decreto 2304 de 1989.

5o.- A folios 184 a 202 del expediente que contiene el proceso obran, presentadas antes de decretarse la suspensión provisional, copias de las Resoluciones de la Registraduría, mencionadas en el acápite inmediatamente anterior, y de la Resolución No. 1242 de 18 de abril de 1988 y 1991 de 3 de agosto del mismo año, ambas del Registrador Nacional del Estado Civil, así como el certificado de fecha 14 de mayo de 1990 del Registrador Auxiliar de la Zona Uno de Santa Marta. Con esas pruebas demuestra el alcance de la Rehabilitación de que fue objeto en sus derechos civiles. Una concedida mediante la Resolución No. 159 de 2 de febrero de 1989, habilitándolo para ejercer sus derechos de ciudadano; la otra concedida en la Resolución No. 001 de 28 de febrero de 1990 que le reconoce "la plenitud" de sus "derechos y funciones públicas " y sus " derechos políticos de ciudadano" conforme al artículo 15 de la Constitución Nacional. Tales actos administrativos son " obligatorios" para todas las autoridades, inclusive para el H. Tribunal Administrativo del Magdalena, que les negó vigencia y eficacia sin haberlas suspendido ni anulado previamente, sin que siquiera hubieran sido acusadas.".

Finalmente, pide se tengan en cuenta los documentos públicos mencionados en el escrito de sustentación, a fin de que "el Consejo de Estado tenga todos los elementos probatorios de la verdad para su acertado pronunciamiento". Y relaciona los documentos .

Por su parte, el apoderado del recurrente para actuar en esta instancia para efectos de la tramitación del recurso de apelación, fundamenta el recurso en "... los argumentos y razones valederas expuestas..." por su poderdante y en razonamientos sobre la naturaleza de la inhabilidad de que trata el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1.986 en relación o concomitancia con el contenido del artículo 2º de esta Ley y de la Ley 49 de 1.987. Se refiere, al respecto, al ejercicio de la ciudadanía y a la capacidad de elegir y ser elegido alcalde del Doctor Vives Echeverría por haber éste recobrado sus derechos políticos por virtud de actos administrativos provenientes de autoridades de la Registraduría Nacional del Estado Civil, según pruebas que obran en el expediente y que " ... fueron ocultadas por los demandantes para inducir en grave error al Tribunal Administrativo de Santa Marta...", pruebas que el *a-quo*" ...no podía ignorarlas..." al decidir sobre la petición de suspensión provisional. El señor apoderado analiza apartes pertinentes del auto recurrido, que hacen referencia a la suspensión de la ejecución de la sentencia, "... a la cual le atribuyen particular efecto... " para decidir favorablemente la petición de suspensión. Sin embargo, en su decisión el *a-quo* omite referencia alguna a la Resolución No. 001 de 28 de febrero de 1990, por medio de la cual el Registrador Auxiliar del Estado Civil de Santa Marta, Zona Uno, rehabilitó a su poderdante "... en la plenitud de sus derechos y funciones públicas... " El tenor de esa Resolución permite concluir que para el 11 de marzo de 1990, cuando el doctor Vives Echeverría resultó elegido Alcalde, gozaba plenamente de sus derechos políticos por su calidad de ciudadano en ejercicio y se encontraba, además, rehabilitado " ... en armonía con la sabia y justa

previsión del último inciso del artículo 14 de la Constitución (art. 2º del acto legislativo No. 1 de 1945).".

El señor apoderado cita jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia y de la Sección Quinta del Consejo de Estado, coincidentes en que en el ordenamiento jurídico nacional no existen penas con efectos intemporales, por ,manera que en el asunto por decidir "... debe interpretarse lo establecido por la ley de modo sistemático al lado de las demás normas que en el ámbito del derecho penal regulan los fenómenos de la prescripción, la *rehabilitación* y la extinción de aquellas... " oponiéndose al " ...sentido democrático y republicano... " las barreras que limitan de manera insuperable el ejercicio y goce de los derechos políticos.

En su extenso alegato el señor apoderado del recurrente trata sobre la figura de la rehabilitación en caso de interdicción de derechos y funciones públicas a la luz de actuación de esta Sección en el proceso No. 221, sobre elección del Alcalde de Confines para deducir que "... El argumento Central de la Sentencia del Tribunal fue que en Colombia no existen penas irredimibles. Concluye que de acuerdo "... con todo lo anterior y trasladado el análisis jurídico a la realidad procesal de este expediente, podemos establecer que *para el día de la elección del doctor Vives Echeverría la sentencia no estaba vigente*, porque, en primer término, se le había rehabilitado en la plenitud de sus derechos y funciones públicas y, antes , mucho antes, su cédula de ciudadanía fue dada de alta por la Registraduría Nacional del Estado Civil en el censo electoral de la República , lo cual implico que a partir de aquél momento podía elegir y ser elegido. La presunción de legalidad opera plenamente, sin esguinces, y obliga a los ciudadanos pero también a las Cortes y Tribunales."

En el acápite " VIGENCIA DE LA SENTENCIA .", el señor apoderado critica la providencia objeto del recurso porque para pronunciarla el *a-quo* se atuvo al tenor literal de la disposición que estimó contrariada, el literal c) del artículo 5º de la ley 78 de 1.986, porque "En estos casos el tenor literal engaña o puede prestarse a confusiones o falsedades. La inhabilidad comprende dos parte : a) el llamamiento a juicio y b) la condena a pena privativa de la libertad . En el primer caso no estaría comprendido quien, habiendo sido llamado a juicio, fue después absuelto de los dichos cargos. Luego el texto hay que interpretarlo racionalmente, conforme a la equidad, la justicia y el sentido común. Y vemos que lo propio rige para las sentencias condenatorias, según los fallos o sentencias de la Sala Electoral del H. Consejo de Estado. Si la pena está prescrita o extinguida, claro que la sentencia no está vigente. Lo mismo sucede cuando opera la rehabilitación. La afirmación rotunda no resultaría exacta en toda su extensión, porque en verdad, la sentencia existe, está ejecutoriada y, en consecuencia, formalmente está vigente . De hecho, no; porque no se aplica o dejó de aplicarse. Y es lo que acontece con la rehabilitación, con la extinción y prescripción de la pena o de la acción

penal. Y también con la condena condicional o la suspensión de la ejecución de la sentencia.

Acorde con lo expresado por su poderdante al sustentar el recurso, en el sentido de que la condena de ejecución condicional "... es un estado intermedio entre una pena propiamente dicha y una advertencia, condición diría quien ésto suscribe, judicial...", concluye afirmando que ésta, la condena condicional, es una previsión suspensiva, y lo que se suspende no está en vigor. "... No está vigente." . Lo que se traduce en que su poderdante "... no está sufriendo o padeciendo prisión pues se encuentra en libertad o sea en ejercicio y goce de la plenitud de sus derechos y funciones públicas... ", dado que su cédula de ciudadanía está vigente y conserva la patria potestad sobre sus hijos.

Corolario de lo anterior es que la violación de la norma superior "... no aparece clara, manifiesta, ostensible y notoria...", y precisamente por esa razón el a-quo derivó "... hacia disquisiciones e interpretaciones"... del fallo de exequibilidad del literal c) del artículo 5o de l ley 78 de 1986. De "... la sola y simple lectura del texto... " de la norma supuestamente violada comparado con el acto acusado no aparece la transgresión.

Glosa el señor apoderado del recurrente apreciaciones contenidas en la demanda, en la que se habla de la "*inelegibilidad por indignidad*" como causal de nulidad. Se valen, afirma el señor apoderado, los demandantes de "... argumentación artificiosa, represiva y discriminatoria... " para concluir dándole categoría de motivo de nulidad de la elección de alcaldes a "... la inelegibilidad por indignidad...", figura que..." no existe ni en la Constitución ni en las leyes de la República...", pues no existen penas intemporales, irredimibles y perpetuas en la era contemporánea.

Califica de "argucias eruditas el que los demandantes citen a Don Miguel Antonio Caro y don José María Samper ", así como a "...otros juristas de más reciente presencia en el derecho público colombiano...", para efectos de interpretar la ley 78 de 1986 y los demandantes , prosigue el señor apoderado, "...para impresionar a la Magistratura regional, docta pero sencilla, pomposamente..." acuden al derecho comparado queriendo encontrar en él la raíz y fuente de la inelegibilidad por indignidad. Los demandantes "...aceptan, CONFIESAN ,que la inhabilidad restablece los derechos cercenados por una sentencia...", lo que tratan"... de negar en el conjunto de la demanda...". Al haber sido elegido Alcalde el Doctor Vives Echeverría "... le ha sido restituido su buen crédito, fama o estimación social, lo que vale tanto o más que una simple providencia de rehabilitación judicial ".

Pretenden los demandantes demeritar el fallo sobre exequibilidad del literal c) del artículo 5o de la ley 78 de 1986, pero ocurre que el Consejo de Estado ha proferido sentencia en idéntico sentido al de la Corte Suprema ,

así, aquellos demuestren"... su franco desacato a la importante decisión judicial, de efectos *erga omnes*, por cierto". Con sus teorías los demandantes buscan interpretar el artículo 14 de la Constitución Nacional para terminar haciendo una interpretación interesada en el canon que resulta "presuntuosa".

El señor apoderado del recurrente incluye en su alegato dos acápites que titula "*PRESENCIONES* (sic) Y *CONSEJAS*" e *IMPEDIMENTOS*". En el primero hace una explicación de los motivos que lo inducen a llevar la representación del doctor Ignacio Vives Echeverría en esta instancia del proceso. En el segundo manifiesta que por lo explicado en el acápite anterior "...es probable que los demandantes juzguen equivocadamente a los Honorables Consejeros de Estado cuando vaticinan la decisión positiva en pro de sus pretensiones. La garantizan y aseguran, celebrando anticipadamente el éxito profesional. Otros citan con su nombre a eminente Consejero, como si en la universidad en la cátedra o en sus recintos magníficos, hubiese expresado su criterio afirmativo a propósito de las pretensiones de esta demanda y de las propuestas ante el Tribunal Administrativo de Valledupar contra el Alcalde Mayor de esa ciudad, doctor Aníbal Martínez Zuleta...".

Y partiendo de la base de que si alguno de los integrantes de esta sección del Consejo de Estado"..., por distracción mental o inadvertencia, o a sabiendas, hubiere emitido juicios de valor que comprometan previamente la decisión judicial, con certeza absoluta habría de declararse impedido a la hora y momento de dictar sentencia..." por lo cual se abstiene "... de indicar nombres".

Concluye su alegato de sustentación del recurso pidiendo sea revocado"... en todas sus partes el punto 3o de la providencia... " objeto del recurso.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El recurso que ahora decide la Sala , está encaminado a obtener la revocatoria de la suspensión provisional del acto que declaró elegido Alcalde de la Ciudad de Santa Marta al señor José Ignacio Vives Echeverría para el período 1990 a 1992.

No sobra reiterar en esta oportunidad , que en los procesos de nulidad de actos administrativos la suspensión provisional es medida de carácter excepcional, que adopta el juez, por petición de parte, con el fin de hacer cesar los efectos perjudiciales del acto expedido con flagrante desconocimiento del principio de la legalidad, al sobrepasar los límites señalados al poder administrativo, y a los que debe sujetarse en el ejercicio del poder. En el C.C.A. el instituto de la suspensión provisional está previsto, para la finalidad indicada, en el artículo 152 en los términos siguientes:

"Procedencia de la Suspensión.- 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.".

Como en este proceso se pretende la nulidad de acto administrativos con base en la acción pública electoral señalada en el artículo 227 del C.C.A., para que la suspensión provisional sea posible"... 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. "(Subraya la Sala), según texto del numeral 2 del artículo pretranscrito. Y de la lectura de la providencia recurrida es evidente que la confrontación la hizo el *a-quo* mediante los documentos aducidos con la demanda, en la cual está contenida la solicitud de aplicación de la medida excepcional. La confrontación así hecha por el Tribunal es la procedente, porque lo primero era comprobar la existencia de la sentencia penal, pues la demanda fundamenta la petición de nulidad del acto en el hecho de que la elección del señor Vives Echeverría, como Alcalde , no era posible frente al texto del literal c) del artículo 5 de la ley 78 de 1986, porque el elegido se encontraba inhabilitado al momento de la elección por haber sido condenado a pena privativa de la libertad, como responsable de un delito no político.

Ahora bien, como el recurrente en el primer motivo de inconformidad alegado al sustentar el recurso, manifiesta que los documentos tenidos en cuenta por el *a-quo* para hacer la confrontación, necesaria según texto del numeral 2 del artículo 152 del C.C.A., carecen de todo valor probatorio, conforme a las disposiciones pertinentes del C. de P.C., integradas para el caso por virtud de la remisión del artículo 267 del C.C.A. la Sala examinará prioritariamente este aspecto del recurso ya que de prosperar sería innecesario el examen de otros argumentos de la impugnación, los que de manera resumida aparecen descritos en el acápite correspondiente de esta decisión.

El recurrente afirma que los documentos aducidos por el demandante para impetrar la suspensión provisional, son reproducciones mecánicas que "... ni son originales ni están autenticadas legalmente, y por ende carecen de

todo valor probatorio", porque se expidieron sin mediar auto que las autorizara ni constancia de haber sido cotejadas previamente con el original (arts. 251, 252, 253 y 254 del C. de P:C., vigentes al momento de la expedición de las copias). Ni siquiera reúnen los requisitos del artículo 117 del Decreto 2282 de 1989 en el supuesto de que esta norma fuera aplicable , que no lo es por haber sido expedida con posterioridad a la presentación de la demanda.

Pues bien, al examinar esos documentos la Sala encuentra que se trata de fotocopias - reproducción mecánica según las voces del artículo 253 del C. de P.C.- de sentencias de primera y segunda instancias y de casación, con sello del Juzgado 17 Superior de Bogotá, estampado correctamente en algunas hojas, defectuosamente (Ilegible) en otras, sin constancia de haber sido expedidas por orden o con autorización del juez, lo que permite deducir que se trata de las llamadas "copias simples" o informales, que se aportaron e incorporaron al proceso administrativo sin ser autenticadas por el Juez 17 Superior, previo el respectivo cotejo, omitiéndose así lo que al respecto ordenaba el artículo que acabó de citarse, del siguiente tenor:

> "Art. 253.- Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia, de conformidad con lo dispuesto en este código. Las copias podrán consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento; la reproducción deberá ser autenticada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo.".

Lo que viene de expresar la Sala en el párrafo anterior, la autoriza para afirmar que las fotocopias de marras carecen de fuerza probatoria para demostrar la imposición de una condena al señor Vives Echeverría, la naturaleza de la pena, la naturaleza del delito, y la vigencia de la condena, es decir que no está demostrado fehacientemente en el proceso el hecho que tipifica la inhabilidad de que el literal c) del artículo 5o de la ley 78 de 1986.

Sobre el tópico del valor probatorio de las fotocopias, con anterioridad a la expedición del Decreto 2282 de 1989, el artículo 254 del C. de P.C., disponía que la reproducción mecánica " tendrá el mismo valor probatorio del original "cuando cumpla el requisito exigido en el artículo precedente", es decir, cuando sea o esté "autenticada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo. ". Y el artículo 115 del C. de P.C., hoy vigente, al referirse a las "Copias de actuaciones judiciales", en su numeral 7 prescribe : "7. Las copias autenticadas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario ". Y el artículo 245 *ibídem*, en su texto actual, numeral 1, reza:1: Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada". Las fotocopias o "reproducción mecánica" que obran en este proceso, acompañadas con la demanda ,y aducidas como prueba por el demandante para demostrar la existencia de sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, y así también demostrar que el

señor Vives Echeverría estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde, por el motivo descrito en el literal c) del artículo 5 de la Ley 78 de 1.986 ciertamente, carecen de valor probatorio porque no son auténticas. Así lo entiende la Sala, ciñéndose a las disposiciones legales, que no puede desconocer, o pasar por alto, así sea para algunos un hecho notorio el que el señor José Ignacio Vives Echeverría fue condenado hace algunos años a pena privativa de la libertad.

En este punto la Sala estima necesario, y conveniente , aclarar que para los efectos de la suspensión provisional , únicamente pueden ser tenidas en cuenta las pruebas aducidas, bien con la demanda de nulidad que origina el proceso, bien con la solicitud de suspensión que por escrito separado puede presentarse antes del auto admisorio de la demanda (Art. 152 del C.C.A). Igualmente aclara la Sala que en este momento procesal, al juez que conoce del recurso de apelación del auto que suspende , le está vedado incorporar, de oficio, pruebas, por lo que resulta imprescindible que la confrontación se haga, en cumplimiento del citado numeral 2 del artículo 152 del C.C.A., exclusivamente con las pruebas aportadas por el demandante en la oportunidad y forma atrás anotadas. No puede el juez, al resolver sobre la petición de suspensión, ni al decidir el recurso que contra esa resolución se interponga , tener en cuenta prueba distinta a la documental y siempre y cuando ésta tenga el carácter de "documentos públicos " (Art. 152,2 del C.C.A.); así, que no se suponga por quienes desconocen la ritualidad del proceso administrativo de nulidad, que el conocimiento público que pueda tenerse de los hechos en un momento dado, lo que los tratadistas en materia probatoria denominan "hecho notorio ", pueda ser tenido en cuenta para decidir. Aquí no se trata de fallar en conciencia sino en derecho, con absoluta prescindencia de todo prejuicio de raza, religión, sexo, política y condición humana y de presiones provenientes de quienes careciendo de la investidura para administrar justicia, pretenden manipularla valiéndose de consejas sobre supuestos pronunciamientos en tal o cual sentido, a manera de presión, con resultados que a no muy largo plazo terminan por desinstitucionalizar una de las ramas del poder público, cuyas decisiones suelen ser bienvenidas cuando son favorables a ciertas aspiraciones y objeto de repudio cuando así no resulta . en el caso *sub-judice*, la prueba documental aportada por el demandante en su oportunidad carece de la idoneidad suficiente para demostrar el hecho creador de la inhabilidad, asunto que la Sala no puede subsanar por los motivos que la Ley, la doctrina y la jurisprudencia tienen establecidos de manera constante, como ha sido también constante en la Ley de procedimiento estatuir requisitos de forma y de fondo para la validez de los documentos aducidos como prueba en el debido proceso (Art, 26 C.N.) Las normas de procedimiento no admiten variaciones acomodaticias para complacer al juez, ni a las partes, ni a la opinión pública y la garantía del debido proceso, que genéricamente consagra la Constitución Política de la República de Colombia, en su artículo 26, tiene su desarrollo precisamente en la ley procedimental, en este caso concreto en el artículo 152,2 del C.CA., que prescribe que para decidir sobre la petición de suspensión provisional, la infracción manifiesta

de la norma superior se comprobará "...por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud", no con otra clase de medios de prueba como erradamente pudiera suponerse. Lo contrario traería como consecuencia el desconocimiento de la mentada garantía, porque no puede pasarse por alto que la medida de la suspensión provisional tiene lugar en un momento del proceso en el que aún la prueba no ha sido objeto de controversia, conforme al principio de contradicción, base del derecho de defensa, hecho que coloca en desventaja a quien es sujeto pasivo de las consecuencias de la medida cautelar. Es que ésta debe ser decretada en el mismo auto que admite la demanda, valga decir , antes de que el Ministerio Público y la parte afectada con la medida de suspensión hayan tenido la oportunidad de conocer la prueba acompañada a la demanda. De ahí que la prueba aducida debe reunir los requisitos de ley, que la hacen eficaz bajo el punto de vista probatorio. Sobre este tema el Consejo de Estado tiene dicho:

> "... Como la eficacia de la prueba está condicionada, en gran parte, por los requisitos de su publicidad y contradicción; como el pronunciamiento ha de hacerse en el período inicial del juicio y sobre la base de los elementos aportados por el actor únicamente; y como hasta ese instante los posibles interesados y el Ministerio Público ignoran la existencia del litigio y no han tenido oportunidad de tachar los documentos acompañados, de analizar las otras demostraciones , ni de incorporar al negocio las que consideren necesarias para desvirtuar los primeros, la prueba en realidad se mantiene secreta para las otras partes y, por ende, no ofrece los mismos factores de certeza que arrojaría una vez que fuera publicada y contradicha. Hay, hasta ese momento , una situación de desequilibrio y desigualdad entre el demandante y los eventuales impugnadores, que obliga al juzgador a ser especialmente cauteloso y prudente en la Apreciación de las pruebas y en la adoptación de un criterio sobre la materia litigiosa. La sentencia definitiva es pues , el lugar adecuado para fijar el pensamiento del fallador sobre aquellas situaciones de hecho y sobre las consideraciones de derecho en que se apoyan los actos enjuiciados y los ataques dirigidos contra ellos.
>
> (auto de 21 de marzo de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador: Dr. Carlos Gustavo Arrieta).".

Lo así expuesto por el Consejo de Estado adquiere hoy mayor importancia, cuando se observa que a raíz de la modificación introducida al artículo 152 del C.C.A. por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989 , la suspensión de los actos administrativos es posible mediante la confrontación con "documentos públicos", lo que significa que el Legislador restringió el medio de prueba . En efecto, la norma anterior se refería, de manera genérica, a "las pruebas aportadas ", hoy a "documentos públicos".

Y para abundar en el tema del valor probatorio de las copias y de las fotocopias , es pertinente transcribir a continuación lo dicho por la Sala Civil de la Corte suprema de Justicia:

> "...Cuando de la aportación de documentos a un proceso judicial se trata, podrán presentarse originales, o copias que puedan consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas y tienen el mismo valor probatorio de aquel en los siguientes casos: Si las copias aportadas son transcripciones, debieron ser autorizadas u ordenadas por el notario o el funcionario público en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica del mismo, a menos de tratarse de transcripción hecha en el curso de inspección judicial que, salvo otra disposición legal, conserva por sí sola idéntico valor. Ahora sí la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica, como en fotocopias, se requiere que éstas estén precedidas de autenticación ante notario o juez que haya verificado el respectivo cotejo, todo con sujeción a los artículos 253 y 254 del C. de P.C.
>
> (Sentencia de junio 23 de 1989. Magistrado Ponente : Dr Eduardo García Sarmiento).".

Consecuencia de lo expuesto anteriormente es que ni el juez tiene competencia oficiosa para decretar la suspensión provisional, ni puede decretarla por consideraciones diferentes a las expuestas por el demandante, ni puede tener en cuenta pruebas distintas de las aducidas con la demanda, ni puede otorgarle valor probatorio a documentos que no tengan el carácter de "documentos públicos" conforme a la ley. Por esa razón carece de fundamento la inconformidad manifestada por el recurrente, porque el *a-quo* no tuvo en cuenta los documentos allegados para demostrar que las autoridades de la Registraduría Nacional del Estado Civil la rehabilitaron en sus derechos suspendidos en cumplimiento de la pena accesoria impuesta por el juez penal.

Como el motivo de inconformidad referente al valor probatorio de las fotocopias , o reproducción mecánica, de las sentencias con las cuales se pretendió demostrar la inhabilidad descrita en el literal c) del artículo 5o de la ley 78 de 1986, prospera por las razones que han quedado expuestas, la Sala se siente relevada del deber de analizar los demás motivos de inconformidad expuestos por el recurrente, algunos de los cuales , además, solamente pueden ser objeto de ese análisis al momento de la sentencia, ya que atañen directamente con el fondo de la pretensión concretada por el demandante en su demanda. Ciertamente el estudio del alcance del motivo de inhabilidad, de la vigencia de la sentencia, de las consecuencias de la rehabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas frente a la vigencia de la pena impuesta, las consecuencias del subrogado penal consistente en la condena de ejecución condicional, etc., etc., son cuestiones que escapan a la competencia que en este momento tiene la Sala , y que se limita a resolver

única y exclusivamente el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretó la suspensión provisional del acto que declaró elegido Alcalde de la ciudad de Santa Marta al señor José Ignacio Vives Echeverría. Por las mismas razones no hay lugar a hacer el análisis que sobre los mismos puntos trae el memorial con el cual sustenta el recurso de apelación en esta instancia el representante legal del recurrente , quien, por otra parte, hace suyos los argumentos del recurrente en cuanto a la autenticidad y valor probatorio de las fotocopias de sentencias penales.

La Sala no puede pasar por alto apreciaciones y manifestaciones que el distinguido apoderado hace en el dicho escrito, así como el memorial con el cual hace renuncia del poder. Respecto de las afirmaciones en el sentido de que "... es probable que los demandantes juzguen equivocadamente a los Honorables Consejeros de Estado cuando vaticinan la decisión positiva en pro de sus pretensiones. La garantizan y aseguran, celebrando anticipadamente el éxito profesional...", la Sala se ratifica en lo expresado párrafos atrás, así: "Aquí no se trata de fallar en conciencia sino en derecho, con absoluta prescindencia de todo prejuicio de raza, religión, sexo, política y condición humana, y de presiones provenientes de quienes careciendo de la investidura para administrar justicia, pretenden manipularla valiéndose de consejas sobre supuestos pronunciamientos en tal o cual sentido, a manera de presión con resultados que a no muy largo plazo terminan por desinstitucionalizar una de las ramas de poder público, cuyas decisiones suelen ser bienvenidas cuando son favorables a ciertas aspiraciones y objeto de repudio cuando así no resulta.".

Por lo que hace a lo manifestado por el señor apoderado del recurrente en esta instancia, sobre presuntos impedimentos, la Sala recuerda que las normas de procedimiento aplicables a procesos como éste, son muy claras cuando expresamente consagran causales o motivos de recusación, abriendo así el camino lícito para que las partes obtengan la separación del juez, agente del Ministerio Público, perito, etc., etc., que consideran impedido para actuar. Lo que si no consagra la legislación sobre la materia es la fórmula de invitar a los jueces, agentes del Ministerio Público, peritos, etc., a que se declaren impedidos, invitación que no deja de ser una forma de presión que la Sala rechaza.

Por las consideraciones anteriores, la sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE.

1o.- Revócase el punto tercero (3º) del auto proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena el primero (1º) de junio del año en curso, en el que dispuso suspender provisionalmente el acto por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral "... declararon elegido como Alcalde

Mayor del Municipio de Santa Marta al Doctor Ignacio Vives Echeverría,... "fechado el 29 de Marzo de 1990.

2o.- En firme esta providencia remítanse los autos a la Oficina de origen, para que allí continúe el trámite de ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez , Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE -Inhabilidades. **SANCION PENAL. SUSPENSION PROVISIONAL** -Improcedencia

Las penas privativas de libertad no pueden ser intemporales, de donde se deduce que para que éstas operen en la demostración de causal de inelegibilidad en el literal c) del artículo 5º de la Ley 78/ 86, deben estar vigentes en la fecha de la elección. En esta etapa inicial del proceso, en la cual no se puede adelantar conceptos que indiquen en cierta forma un prejuzgamiento sobre la legalidad del acto electoral enjuiciado, sin violar el debido proceso, estima la Sala que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado.

DOCUMENTO PUBLICO - Valor probatorio. **SUSPENSION PROVISIONAL**

La fotocopia de la sentencia penal aportada en la cual consta que el alcalde elegido fue condenado a pena privativa de la libertad por tres años, en razón de los delitos comunes de cohecho y prevaricato, para los fines de esta decisión preliminar, debe considerarse como prueba suficiente, entre otras razones porque se trata de un documento público aportado al proceso en copias, cuyo valor probatorio, es el mismo del original, cuando éstas, por hacer parte de un expediente judicial, son autorizadas por el juez.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta

Bogotá, D.E., Septiembre seis (6) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente : *Doctor José Joaquín Camacho Pardo*

Referencia: Expediente Nº. 0410. Apelación Auto. Actores: Augusto Hernández Becerra y Otro.

El Tribunal administrativo del Cesar, con sede en Valledupar, por providencia de fecha 7 de junio último, negó la suspensión provisional del acto administrativo expedido el 19 de marzo del corriente año, a virtud del cual la comisión escrutadora municipal de Valledupar, "declaró la elección del doctor Aníbal Martínez Zuleta como Alcalde Municipal de Valledupar, para el período comprendido entre el 1º de julio de 1.990 y el 31 de mayo de 1.992".

Esta decisión denegatoria fue apelada oportunamente por los actores doctores Augusto Hernández Becerra y Ana Mejía Araujo, por lo que, concedido el recurso jerárquico, por auto calendado el 29 de julio de 1.990, vino el negocio al conocimiento de esta Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual procede a resolver el recurso, de plano, es decir, sin trámites previos, tal como lo dispone expresamente el último inciso del art. 155 del C.C.A., subrogado por el art. 33 del Decreto 2304 de 1.989.

El acto acusado aparece contenido en el acta general del escrutinio municipal (fls. 1 a 4), según el cual se declaró elegido como Alcalde Municipal de esa ciudad, para el período 1.990-1.992, al señor Aníbal Martínez Zuleta, quien obtuvo un total de 29.542 votos.

La anterior decisión, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

> "Con los anteriores guarismos la Comisión Escrutadora Especial declara formalmente elegido como Alcalde Mayor de esta ciudad, al doctor Aníbal Martínez Zuleta, identificado con la cédula de ciudadanía No. 83.116 de Bogotá...".

En el capítulo especial, los actores, en el ejercicio de la acción pública electoral, demandaron la suspensión provisional de la acción pública electoral, demandaron la suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en las siguientes consideraciones básicas:

Estiman que el señor Aníbal Martínez Zuleta, al tenor del literal c) del art. 5º de la Ley 78 de 1.986, no podía ser elegido como Alcalde, por cuanto había sido condenado por delitos comunes a penas privativas de la libertad, y, por cuanto resulta inaceptable por injurídica, la tesis de la rehabilitación de la pena, para borrar la inelegibilidad, por razones de indignidad.

Por su parte, el Tribunal *a-quo* fundó su negativa, o su decisión de no acceder a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, en las siguientes consideraciones:

Estima, en síntesis, esta Corporación, que la sola circunstancia de haber sido condenado el señor Aníbal Martínez Zuleta, investido por el acto acusado de la dignidad de Alcalde de Valledupar, "no apareja inhabilidad para ser elegido, porque la infracción a la norma superior aludida (se refiere al literal c) del art. 5º de la Ley 78 de 1.986) no es manifiesta, no es ostensible, ni prima facie, de la comparación entre la ley y el acto administrativo acusado, puede inferirse tal violación...." (folio 100).

Enseguida el Tribunal, en el acto objeto de examen, destaca el hecho de que las penas privativas de la libertad, en nuestro ordenamiento jurídico, no se imponen a perpetuidad, por lo que, de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Corte, que esta Sección ha venido acogiendo en providencias que resolvieron casos análogos, una de las características de la pena es precisamente la de no ser intemporal.

Cabe anotar que, la prueba aportada que puede ser objeto de examen en esta decisión, es la que los apelantes mencionan en el capítulo de la Suspensión Provisional, como aducida con la solicitud, en los términos que siguen:

> "b) Aduzco con la presente solicitud fotocopia autenticada de la sentencia condenatoria dictada por la Corte Suprema de Justicia contra el ciudadano Aníbal Martínez Zuleta, de fecha 29 de enero de 1.985, de cuya lectura emerge que el sindicado fue condenado a pena privativa de la libertad con tres años de prisión. Del contenido de dicho documento público se deduce también sin dificultad alguna, que la pena privativa de la libertad no se impuso por razón del delito político, sino por razón del delito común. " (folio 83).

Ahora bien, esta Sección comparte el criterio del Tribunal de primera instancia, en cuanto a las razones medulares de orden jurídico que lo llevaron a no acceder a decretar la suspensión provisional del acto acusado. Desde luego que las precisiones que se hicieron en esa oportunidad procesal, tendrán la necesaria brevedad que impone la exigencia de no anticipar conceptos ni posiciones jurídicas que sean propias de la sentencia.

Los motivos de inconformidad con la providencia apelada, los concreta la parte actora en los siguientes términos:

a) Las inelegibilidades son prohibiciones absolutas, no solo porque las normas jurídicas de las cuales emanan no las han sometido a condición alguna, sino porque es de la naturaleza política de tal institución que su efecto sea firme y duradero, en preservación de la salud de la democracia.

b) La providencia apelada se aferra a un error conceptual al señalar que la inelegibilidad establecida en el literal c) del art. 5º de la Ley 78 de 1.986

es una pena, para hacer derivar de esa premisa los efectos intemporales que de ella son propios.

En tanto que el demandado, en su escrito de folios 229 a 234, solicita la confirmación de la providencia objeto del recurso, mediante una amplia exposición de criterios jurídicos sobre el tema de le inelegibilidad por indignidad, lo mismo que sobre la circunstancia de que, en su concepto, son inexistentes desde el punto de vista legal, las copias del fallo de la Corte que condenó al señor Aníbal Martínez Zuleta.

Es bien conocido el carácter restrictivo que tiene, como procedimiento de excepción, la institución de la suspención provisional, dentro del juicio contencioso administrativo, en cuanto que, en estas decisiones no permite la ley sustituir el debido proceso judicial, el cual, por razones que son demasiado obvias, permite a las partes, además de ser oídas con suficiente amplitud, la oportunidad de que las pruebas que sean aportadas, puedan controvertirse.

A este respecto el Consejo de Estado ha dicho en reiterada doctrina que "solo la manifiesta y ostensible violación de las reglas superiores de derecho da paso a la suspensión de un ordenamiento administrativo. Cuando la transgresión no surge a primera vista y directamente, la medida no tiene viabilidad. De allí que quien pretenda demandar la nulidad de un acto e impetrar su suspensión provisional deba tomar en consideración la naturaleza jurídica singular de este pronunciamiento, los poderes legales del Juez para decidir sobre esa medida inicial, y los motivos que la hacen procedente. No todas las razones de carácter legal que tienen eficacia sobre la sentencia de fondo, operan sobre la declaratoria de suspensión...." (Sala de lo Contencioso Administrativo auto de 8 de marzo de 1.961. Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta) - Anales del consejo de Estado T. LXIII. Nos. 392 a 396 pág. 550-.

Se venía diciendo a este respecto, dentro de la vigencia del anterior Código de lo Contencioso Administrativo (art. 94), que la manifiesta violación de normas de derecho positivo que da lugar a la suspensión provisional, es aquella que resulta de la simple comparación del acto enjuiciado, con las disposiciones de superior jerarquía cuya manifiesta violación se predica.

Pero, es lo cierto, que el art. 152 subrogado por el artículo 31 del Decreto ley 2304 de 1.989 del Nuevo Código Contencioso Administrativo, para la acción de nulidad permite deducir la manifiesta violación de la norma superior "Por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

Como se ve, el problema jurídico de fondo consiste en precisar que, conforme a la norma enunciada en la demanda, como supuestamente quebrantada por el acto acusado (art. 5 º literal c) de la ley 78 de 1.986). "no

podrá ser elegido Alcalde, quien haya sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de la libertad, excepto cuando se trata de delitos políticos".

Pero, la inhabilidad, en este caso específico, no puede estudiarse aisladamente, con independencia o por fuera de los parámetros de la sentencia penal, que encuentra responsable a una persona determinada de un delito común, es decir, que no tiene móviles políticos.

Recuérdese, a este respecto, que la Corte Suprema de Justicia, al encontrar constitucional, en conocido fallo, la norma contenida en el literal c) del art. 5 º de la ley 78 de 1.986, sostiene que "nada se opone a que por motivos penales pueda el legislador establecer causales de inhabilidad", pero que, concretándose al caso de los ciudadanos que hayan sufrido penas privativas de la libertad, por delitos comunes, el problema de la inhabilidad debe circunscribirse a las condenas "vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales y ni extinguidas. "

De otra parte la Sala observa que la fotocopia de la sentencia penal aportada por la parte actora, en la cual consta que el Alcalde elegido fue condenado a pena privativa de la libertad, por tres años, en razón de los delitos comunes de cohecho y prevaricato, para los fines de esta decisión preliminar, debe considerarse como prueba suficiente, por las razones que enseguida se expresan:

a) La aportación de este documento por la parte actora se hizo en forma regular y, la explicación de su pertinencia no requiere mayor análisis, en el entendimiento de que se pretende demostrar con estas copias, el hecho de que el actor Aníbal Martínez Zuleta, fue condenado por los delitos comunes de cohecho propio y prevaricato por acción.

b) En cuanto al estudio valorativo de estas copias, desde el punto de vista de su autenticidad, se tiene lo siguiente:

Se trata de un documento público aportado al proceso en copias, cuyo valor probatorio, es el mismo del original, cuando éstas, por hacer parte de un expediente judicial, son autorizadas por el Juez.

c) En el presente caso, según la constancia de la Relatora de la Corte Suprema de Justicia, el archivo de esa entidad fue destruido durante los lamentables sucesos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1.985, lo cual constituye un hecho notorio que por mandato expreso del art. 177 del C. de P.C., está excento de prueba. La anterior circunstancia determinó a la Relatora de la Corte Suprema de Justicia a expedir la constancia que obra a folio 54 del expediente.

d) El anterior apoderado del doctor Martínez Zuleta en su escrito del folio 186, impugnó el valor probatorio de las copias de la sentencia, tachando su autenticidad, "según las voces del numeral 5º del artículo 115 del C. de P.C.".

Sin embargo, para la Sala dichas copias constituyen un elemento de juicio idóneo para demostrar el hecho medular de esta controversia, esto es, que el doctor Martínez Zuleta fue condenado por un delito común, con anterioridad a su elección de Alcalde.

Lo anterior, entre otras razones, porque la tacha del documento se produjo por la parte demandada, cuando existían en el proceso, legalmente incorporadas, dos copias auténticas, una judicial y otra administrativa, de decisiones que se produjeron con base en el conocimiento del contenido de las copias auténticas de la sentencia condenatoria. El documento judicial es la copia de la providencia de la Corte Suprema de Justicia que obra a folios 126 y siguientes, donde se lee:

"esta Corporación (se refiere a la Asamblea del Cesar) hizo llegar copia de la sentencia del 29 de enero de 1.985, por medio de la cual se condenó al doctor Aníbal Martínez Zuleta. De la lectura del fallo emerge que fue condenado a la pena privativa de la libertad de 3 años...". En tanto que el otro documento es la copia de una acto administrativo, al cual le asiste la presunción de legalidad y veracidad, de cuya lectura se deduce que el señor Registrador Nacional del Estado Civil tomó la decisión a que se refiere dicha prueba, con fundamento en el conocimiento de la referida sentencia de carácter penal.

Por lo demás, el auto impugnado, para negar la suspensión provisional solicitada, se apoya en criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia en la cual decidió la constitucionalidad de la norma supuestamente quebrantada, lo mismo que en autos de esta Sala dictados para resolver casos similares, en los cuales se precisa que en nuestro ordenamiento jurídico las penas privativas de la libertad no pueden ser intemporales de donde se deduce que para éstas operen en la demostración de la causal de inelegibilidad prevista en el literal c) del art. 5º de la ley 78 de 1.986, deben estar vigentes en la fecha de la elección.

La suspensión provisional como procedimiento de excepción, la enmarcan y precisan, no solamente la garantía del debido proceso que tutela la Constitución Nacional, sino también la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Esta institución obviamente no reemplaza el proceso contencioso administrativo, con sus distintas etapas, en las cuales las partes tienen la oportunidad de controvertir las pruebas publicadas y de ser oídas con la necesaria amplitud.

Se trata de una decisión eminentemente provisional que el juez administrativo adopta, cuando la acción es de nulidad, a solicitud de parte, en el momento que advierta la existencia de una manifiesta violación por el acto acusado, de normas de superior jerarquía, la cual debe surgir a primera vista, bien sea " por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud " (numeral 2º art. 152 del C.C.A., subrogado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1.989).

Lo anterior indica que la disposición transcrita en lo pertinente, permite que la manifiesta u ostensible violación de la norma superior por el acto acusado, resulte de los documentos públicos aducidos con la solicitud de suspensión provisional, pero de todas maneras, en estos casos, no será posible que se decrete la suspensión cuando el quebrantamiento alegado, tiene por objeto cuestiones de hecho, respecto de las cuales sólo se puede juzgar cuando se hayan establecido debidamente dentro del juicio, esto es, cuando las partes hayan tenido la oportunidad procesal de controvertir las pruebas. Lo anterior no impide que se tengan en cuenta los hechos cuya prueba surja de los mismos actos acusados.

Pues bien, en esta etapa inicial del proceso, en la cual no se puede adelantar conceptos que indiquen en cierta forma un prejuzgamiento sobre la legalidad del acto electoral enjuiciado, sin violar el debido proceso, estima la Sala que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, por lo que en mérito de los expuesto se tomará la decisión de confirmar el auto apelado.

Finalmente, la Sala encuentra que el señor Aníbal Martínez Zuleta, por medio del escrito que obra a fl. 246 del expediente, reemplazó a su apoderado por el doctor Jaime Horta Díaz y que este profesional, en ejercicio del mandato que aceptó expresamente, hace con el Título de " Advertencia necesaria " algunas observaciones sobre el trámite del proceso para insinuar que "la demanda fue extemporánea y debe anularse todo lo actuado desde el auto admisorio, que ruego declararlo así, con fundamento en lo dispuesto en el art. 152-2 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso contencioso administrativo, por remisión expresa del art. 165 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que se profirió sin competencia " (fl. 250).

No obstante lo anterior, se considera que no es procedente que se resuelva esta solicitud, previo traslado a las partes, como lo dispone el art. 142 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, sencillamente porque desde el punto de vista de la Técnica procesal, " de acuerdo a la naturaleza jurídica singular de este pronunciamiento ", la resolución judicial que aquí se adopte, debe producirse DE PLANO, es decir, sin trámite previo y sin necesidad de oír la opinión de las partes que intervienen en el juicio, como sucede con las

nulidades planteadas, cuyo trámite exige traslado a las partes por el término de tres días.

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

RESUELVE:

PRIMERO : Confirmar el auto de fecha siete (7) de junio de 1.990, dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, en cuanto que esta disposición no accedió a la solicitud de Suspensión Provisional.

SEGUNDO : Abstenerse de darle trámite a la petición de nulidad de lo actuado por ser improcedente en esta oportunidad procesal, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO : Tener como apoderado del doctor Aníbal Martínez Zuleta, elegido como Alcalde de Valledupar en el acto acusado, en los términos y para los fines del memorial - poder al doctor Jaime Horta Díaz.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL - Naturaleza. SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos. PERJUICIO - Prueba

Cuando el artículo 152, numeral 3º del C. C. A., se refiere a que "si la acción es distinta de la de nulidad", debe acreditarse o probarse sumariamente el perjuicio que sufre el accionante, lo está haciendo en relación con la hoy denominada de "nulidad con restablecimiento del derecho", y en manera alguna a la acción de nulidad electoral, modalidades de la acción de nulidad, pues, por lo demás, tampoco existen más acciones que las mencionadas de manera antitécnica, por cierto, en los artículos 84 a 88 del estatuto procesal.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos. PRESUPUESTO MUNICIPAL. COMPETENCIA FUNCIONAL

Nunca la jurisprudencia de esta Corporación ha exigido que se anexe a la demanda copia o fotocopia autenticada del Acuerdo Municipal o acto administrativo por medio del cual se expida el Presupuesto de Rentas y Gastos para determinada vigencia fiscal, entre otras razones porque la ley expresamente así no lo dispone o exige, y por cuanto, además, al juez administrativo, en este tipo de procesos, no le interesa conocer las diferentes partidas que integran el presupuesto de ingresos y la correspondiente ley de apropiaciones; le basta con tener pleno conocimiento de que se trata de un presupuesto de cuantía superior a la señalada en el numeral 3º del artículo 131, del C. C. A., para así tener la certeza de que se trata de un proceso electoral de dos instancias y en caso contrario de única.

CONCEJAL - Inhabilidades. CONTRATO

No se encuentra en derecho, en sana lógica y dentro de un criterio de razonabilidad, que se pueda sostener que hay que limitar la inhabilidad a quien sea o haya sido contratista de obra, y en manera alguna al contratista en virtud de contrato de prestación de servicios, que es uno de los tantos contratos tipo o nominados conocidos como "contratos administrativos", según el artículo 16 del Decreto-ley 222/ 83.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección quinta

Bogotá, D.E., septiembre doce (12) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 0438. Recurso de apelación contra el auto de junio 1 de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio del cual se decretó la suspensión provisional del acto administrativo electoral que declaró elegido al ciudadano Hernando Rivera Muñoz, como concejal del municipio de MALAMBO, para el período constitucional 1990-1992.

Actor: *Benjamin José Cervantes de la Hoz.*

Se decide por la Sala el recurso de apelación ejercitado por el demandado, contra la providencia de la referencia.

I. FUNDAMENTOS DE LA ACCION EJERCITADA.

Con fundamento en los dispuestos en los artículos 54 de la ley 11 de 1986 y 83 del Decreto-Ley 1333 del mismo año, según los cuales no podrán ser elegidos concejales " quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo Municipio ", y en consideración a que el demandado celebró con el alcalde municipal de Malambo, el día 12 de enero de 1.989, contrato de prestación de servicios profesionales, con vigencia entre enero dos (2) de ese año y el treinta (30) de diciembre de 1989, el ciudadano Benjamín José Cervantes De la Cruz, por conducto de apoderado especial, demandó el acto administrativo de elección del abogado Hernando Rivera Muñoz, como concejal principal de la localidad indicada.

II. LA PROVIDENCIA APELADA.

El *a-quo*, en la providencia apelada, decretó la suspensión provisional solicitada por la parte actora en capítulo especial de la demanda, por encontrar

que apareciendo demostrado con xerocopia autenticada el precitado contrato de prestación de servicios profesionales, contrato al cual renunció a partir del 1o. de diciembre de 1989, era manifiesta y ostensible la violación de las normas superiores de derecho invocadas por el accionante.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION.

El ciudadano a quien se le demandó la elección como concejal principal del municipio de Malambo, al interponer el recurso de apelación ante esta Corporación, lo fundamenta en las siguientes consideraciones:

1a. La acción contenciosa electoral es distinta de la acción de nulidad, pues tiene señalado un procedimiento especial. Si ello es así, en aplicación del artículo 152, numeral tercero, del C. C. A. que establece que " SI LA ACCION ES DISTINTA DE LA NULIDAD, además - de la violación de la norma superior de derecho - se deberá demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar el actor " (Mayúsculas del apelante), el actor debió probar ese perjuicio, cosa que no hizo ni siquiera de manera sumaria, y por ello no procedía el decreto de suspensión provisional, por lo cual cabe su revocación.

2a. Para determinar si el presente proceso es de única o de primera instancia, el actor, ante providencia inadmisoria de la demanda, presentó una certificación expedida por el señor Contralor Municipal de Malambo en donde expresa que el Presupuesto de dicho municipio para la vigencia fiscal de 1990, es de $. 549.154.420. Esta certificación no puede tenerse como un Presupuesto, para los consiguientes efectos legales, pues allí el funcionario que certifica no dice que ese sea el Presupuesto del municipio de Malambo. Por lo demás, conforme a la ley 38 de 1989, el presupuesto consta de tres partes (el de rentas, el de gastos y las disposiciones generales),y, por ello, se requería presentar la copia autenticada del Presupuesto.

3a. No existe identidad jurídica entre " asesor jurídico externo " y " contratista ". En efecto, si el artículo 83 del decreto 1333 de 1986 preceptúa que no puede ser elegido concejal quien haya sido contratista, y dicha norma tiene como antecedente la ley 89 de 1936, en cuyo artículo 7o. se establecía que ningún contratista de obra pública podrá ejercer el cargo de concejal, pues solamente los contratistas de obra pública - en manera alguna un asesor jurídico externo como el demandado - no pueden desempeñarse como concejales.

Por lo demás, si para aspirar a ser elegido alcalde municipal, los contratistas, según lo dispuesto en el art. 5o. de la ley 78 de 1986, solo requieren desvincularse tres meses antes de la elección, sería un absurdo jurídico exigirle a un asesor jurídico externo aspirante a concejal, desvincularse dos años antes de la elección, y como las elecciones en nuestro país son cada

dos años, los abogados asesores externos, estaríamos inhabilitados permanentemente para aspirar a los cuerpos colegiados de elección popular.

Por todo lo anterior, debe revocarse, según esos planteamientos, la decisión de suspensión provisional.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

En primer término, la Sala, para contestar al argumento planteado inicialmente por el recurrente, debe reiterarse su concepción jurisprudencial sobre la denominada " acción contenciosa electoral ", que tiene por finalidad la nulidad de una elección o nombramiento hecha en cualquiera de las ramas del poder público o popularmente como las relativas a Presidente de la República, Senadores, Representantes, Diputados, concejales, alcaldes, etc., y en ocasiones, la realización de unos nuevos escrutinios y la expedición de las correspondientes credenciales a los que, de acuerdo con aquellos, resulten elegidos.

Se trata, como ya se ha dicho en otras ocasiones, de una modalidad de la acción contenciosa de nulidad o de anulación, en consideración a que la distingue de ésta las siguientes características:

a) Realmente, como lo observa el recurrente, tiene señalado un procedimiento especial, que se caracteriza por la celeridad, la acumulación obligatoria por mandato expreso de la ley de las diferentes demandas que se promuevan contra unas mismas elecciones, un mismo registro de escrutinio o un mismo nombramiento, aunque sean distintas las causas de las respectivas demandas, el sorteo entre los magistrados y consejeros de la corporación, sala o sección del ponente del proceso acumulado, el señalamiento de términos perentorios para proyectar y decidir la controversia, la ejecución de la sentencia por el propio juez - el de primera o única instancia - que dictó la sentencia de anulación y la expedición por el mismo de las nuevas credenciales, y el trámite abreviado del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, dentro del cual no está previsto el período probatorio, ni siquiera en los eventos señalados en el artículo 214 del C. C. A., que opera sólo para el proceso ordinario contencioso-administrativo. Pero ese procedimiento especial para la contención de naturaleza electoral, no hace que la acción de carácter electoral sea distinta de la acción contenciosa de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A.

b) Algunos artículos que forman parte del capítulo IV del Título XXVI del libro Segundo del C. C. A., sobre " Procesos electorales ", como, por ejemplo, el artículo 238 que establece las " Causales de Acumulación " en el juicio electoral, confirman el planteamiento jurisprudencial de esta Sala sobre que se trata de una modalidad de la acción de nulidad propiamente dicha.

Conclusión de ello, es la de que cuando el artículo 152, numeral tercero, del C. C. A., se refiere a que " si la acción es distinta de la de nulidad " se debe acreditar o probar sumariamente el perjuicio que sufre el accionante, lo está haciendo en relación con la hoy denominada de "nulidad con restablecimiento del derecho ", y en manera alguna a la acción de nulidad electoral, modalidad, se repite, de la acción de nulidad, pues, por lo demás, tampoco existen más acciones que las mencionadas, de manera antitécnica por cierto, en los artículos 84 a 88 del estatuto procesal, aún cuando bueno es observar que la última, la del artículo 88, tampoco se puede considerar desde un punto de vista técnico-jurídico-procesal como una acción más, a partir de su subrogación por el decreto ley 2304 de 1989, que lo que vino a hacer fue señalar un procedimiento especial para el trámite de los conflictos de competencias administrativas.

No prospera, entonces, el cargo formulado contra la providencia apelada.

En cuanto el segundo argumento planteado por el recurrente, la Sala se permite observar: a) como se ha dicho en otras ocasiones, la circunstancia de no haberse anexado a la demanda la certificación o constancia sobre el monto del Presupuesto anual ordinario del municipio en donde se realizaron las elecciones o nombramientos demandados, cuando no se trate de ciudad capital de Departamento, no obstante lo cual la demanda se admitió, tramitó y falló, o el hecho de haberse aportado extemporáneamente con motivo, por ejemplo, de la interposición del recurso de apelación, sólo tiene como consecuencia que la Sección Quinta de la Corporación se declare inhibida para conocer de aquél, es decir, que no puede llegar a pronunciarse sobre la sentencia apelada; b) nunca la jurisprudencia de esta Corporación ha exigido que se anexe a la demanda copia o fotocopia autenticada del Acuerdo municipal o acto administrativo por medio del cual se expida el Presupuesto de Rentas y Gastos para determinada vigencia fiscal, entre otras razones por cuanto la ley expresamente así no lo dispone o exige, y por cuanto, además, al juez administrativo, en este tipo de procesos, no le interesa conocer las diferentes partidas que integran el presupuesto de ingresos y la correspondiente ley de apropiaciones; le basta con tener pleno conocimiento de que se trata de un presupuesto de cuantía superior a la señalada en el numeral 3o. del artículo 131, reajustada en los años 1988 y 1990, para así tener la certeza de que se trata de un proceso electoral de dos instancias, y en caso contrario de única; y c) la certificación que obra al folio 22 del expediente, por medio de la cual la Contralora Municipal de Malambo hace constar que " el Presupuesto para la vigencia del año 1.990 asciende a la suma de QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS ($ 549.154.420.OO) ", para la Sala es prueba idónea para establecer el monto presupuestal del municipio indicado, ya que, aun cuando no lo diga expresamente, es indubitable que la funcionaria precitada se está refiriendo al del municipio del cual es Contralora y no podía hacerlo respecto al de otro municipio o al de su hogar, como irónicamente lo

pregunta el recurrente. Por lo demás, bien podía y puede controvertirlo en el proceso el demandado, aportando la prueba de que ese no es el presupuesto del municipio de Malambo para el presente año.

En lo que respecta al tercer argumento presentado por el recurrente, para la Sala es totalmente inaceptable que se pretenda restringir los alcances de una ley posterior - el decreto ley 1333 de 1986 -, que se refiere a la inhabilidad que afecta a quien haya sido contratista del municipio dos años o dentro de los dos años anteriores a su elección como concejal, sin hacer distinción alguna según el tipo de contrato que hubiere celebrado, con las disposiciones de una ley precedente o anterior que, así haya sido antecedente de la posterior, ya no rige, y que sólo se refiere a quien haya sido contratista de obra pública. Donde la ley no distingue no le es dado al interprete distinguir, enseña una sana regla de hermenéutica jurídica, y refiriéndose el decreto ley 1333 de 1986, estatuto de régimen municipal fruto de una codificación de todas las normas existentes hasta la expedición de la ley 11 de ese año sobre municipios, a quien haya sido contratista, no se encuentra en derecho, en sana lógica y dentro de un criterio de razonabilidad, que se pueda sostener que hay que limitar la inhabilidad a quien sea o haya sido contratista de obra, y en manera alguna al contratista en virtud de contrato de prestación de servicios, que es uno de los tantos contratos tipo o nominados conocidos como " contratos administrativos ", según el art. 16 del decreto ley 222 de 1983, que en ese aspecto se aplica a la contratación nacional, departamental y municipal.

Finalmente, la Sala se permite observar, en relación con el último argumento expuesto por el recurrente, que él puede servir de fundamento para proponer una reforma legislativa en el sentido anotado, pero en manera alguna para dejar de aplicar la disposición expresa que señala el término de los dos años anteriores a la elección expresa que señala el término de los dos años anteriores a la elección de una persona como concejal, o para reducir ese término legal de dos años a los tres meses que señala la ley 78 de 1986, para quienes sean elegidos alcaldes. Al juez, ordinario o contencioso-administrativo, no le corresponde legislar, colegislar, o dejar de aplicar la ley o restringir o ampliar sus alcances, cuando encuentre que esa norma no es racional o constituya " un absurdo jurídico ".

El cargo, en consecuencia, tampoco está llamado a prosperar.

Ya en cuanto hace relación a la decisión de suspensión provisional, la Sala no encuentra objeción alguna que hacer. En efecto, está plenamente establecido en el proceso, con fotocopia autenticada de documentos público, que el elegido como concejal fue contratista del municipio de Malambo, dentro de los dos años anteriores a su elección, y que, por ello, se encontraba inhabilitado en los términos del decreto ley 1333 de 1986, art. 83, razón por la cual habrá de confirmarse la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE :

CONFIRMASE el numeral 2o. de la providencia de junio primero (1o) del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en cuanto por ella se decretó la suspensión provisional del acto administrativo electoral, por el cual se declaró la elección del ciudadano HERNANDO RIVERA MUÑOZ, como concejal del municipio de Malambo, para el período 1990-1992.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

RECURSO DE SUPLICA - Improcedencia. **PRUEBAS** - Omisión

No se puede impugnar, por vía de súplica, dentro del proceso electoral, el decreto de pruebas, cuando esta decisión no niega expresamente ninguna de las que fueron solicitadas por las partes. Si el juez omite pronunciarse sobre alguna prueba pedida, las partes, dentro del término de la ejecutoria del decreto de pruebas, podrán pedir que se adicione este auto, para que se subsane la omisión advertida. Lo mismo puede hacer oficiosamente el juez, dentro de este término.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección quinta (Sala de Decisión)

Bogotá, D.E., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente : *Doctor José Joaquín Camacho Pardo*

Referencia: Expediente Nº. 0415. Recurso de Súplica. Actor : *Efraín Valencia Castillo.*

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica, interpuesto oportunamente por la parte actora, contra el auto de fecha 27 de agosto último, dictado por el señor Consejero Sustanciador, con el objeto de pronunciarse sobre las solicitudes de pruebas.

Para resolver lo que sea legal,

SE CONSIDERA:

1) Pretende el recurrente que se adicione el auto impugnado, con el fin de que se decreten las pruebas pedidas oportunamente en la demanda, concretamente, en los puntos B) y C) de este escrito teniendo en cuenta que el decreto de pruebas nada dijo a este respecto.

2) Es verdad procesal que la providencia suplicada, aunque decreta la mayoría de las pruebas solicitadas, sin excluir expresamente la práctica de ninguna, sin embargo, nada dijo sobre la pertinencia o impertinencia de los medios de convicción, solicitados por el recurrente, en los puntos B) y C) del capítulo respectivo de la demanda.

3) El artículo 61 del Decreto-Ley 2304 de 1.989, que subrogó el artículo 68 de la Ley 96 de 1.985, se refiere al pronunciamiento por el Juez Administrativo, sobre las pruebas que las partes solicitan, para concluir que, " contra el auto que deniega alguna de las pruebas, procede el recurso de súplica dentro de los dos días siguientes al de su notificación y deberá resolverse de plano. ".

Y, la jurisprudencia de esta Sala, acorde con el anterior precepto, ha venido diciendo que no se puede impugnar, por vía de súplica, dentro del proceso electoral, el decreto de pruebas, cuando esta decisión no niega expresamente, ninguna de las que fueron solicitadas por las partes. Lo anterior, porque la ley procesal no contempla esta posibilidad.

4) No quiere decir esto que, el Juez Administrativo, al pronunciarse sobre la procedencia de las pruebas pedidas, no esté obligado a decidir, en algún sentido, sobre la pertinencia de todas las pruebas pedidas y, que si se advierte, en este sentido una involuntaria omisión, ésta no pueda subsanarse, en garantía del derecho de defensa, por una vía distinta al recurso de súplica.

Efectivamente, la Sala considera que en estos casos, las partes, dentro del término de la ejecutoria del decreto de pruebas, podrán pedir que se adicione este auto, para que se subsane la omisión advertida. Lo mismo pueden hacerlo el Juez, oficiosamente, cuando dentro de este término, advierte que su decreto de pruebas resulta deficiente, por haber omitido, involuntariamente, una decisión que ha debido ser objeto de su pronunciamiento.

Esta solución la encuentra la Sala, siguiendo el derrotero señalado en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, por remisión que hace a esta norma, el artículo 267 del C.C.A..

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha 27 de agosto último dictado por el señor Consejero Ponente dentro de este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en...

veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Miguel González Rodríguez., Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo: Amado Gutiérrez Velásquez;*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1990

A

AEROLINEAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. AVIANCA 702
ALBERTO GAMBA 614
ALVARO GALVIS PINO 644
ALVARO TAFUR GALVIS 686
ARCELIA TOVAR DE TRUJILLO 25
AREA METROPOLITANA DEL VALLE DE ABURRA 790
AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA Y OTRO 935, 953

B

BARNES DE COLOMBIA S.A. 729
BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA 293
BENJAMIN J. CERVANTES DE LA HOZ 962
BRADFORD Y RODRIGUEZ LTDA. 823

C

CASA BRITANICA S.A. 839
CASA MORA LTDA. 697
CESAR GOMEZ MURILLO 413,427
CIRO ANTONIO MARTINEZ MARIN 131
CINDUCOLL LTDA. 475
CONSORCIO ARQUITECTOS E ING. ASOCIADOS Y O. 188

D

DISTRIBUIDORA DEL CESAR DISCOSAR LTDA. 525
DEPARTAMENTO DEL QUINDIO 745

E

EDITORIAL PRESENCIA LTDA. 770
EFRAIN VALENCIA CASTILLO 968
ELDA LUZ ORREGO 610
EL POMAR S.A. 782
EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM 693
ENGINEERING AND PETROLEUM SERVICES N.V. 719
ERASMO ANTONIO CONTRERAS SILVA 118
EUGENIO IBARRA MINA 277
EYDER EFREDY BOLAÑOS 918

F

FAB. DE ACEITES Y GRASAS VEGETALES LTDA. 752
FAB. COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. COLMOTORES 631
FAB. DE ESPECIAS Y PROD EL REY S.A. 723
FERNANDO CADAVID MAZUERA 217,234
FERNANDO MARTINEZ ROJAS 669
FONDO DE GARANTIAS INST. FINANCIERAS 876
FRANCISCO JAVIER LLANO R. 851

G

GASEOSAS TOLIMA S.A. 662

H

HERNANDO PINZON AVILA 778

I

INDUSTRIA DE ARTICULOS DE MADERA "IMA" 814
INES ARAQUE DE BECHARA 339
INGENIO RIOPAILA S.A. 736

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA 150,304
INVERSIONES CIFUENTES HERNANDEZ Y CIA. LTDA. 802

J

JACOBO CHAVEZ VELA 927
JAIME GONZALEZ BENDIKSEN 713
JOAQUIN PABLO PADILLA 328
JORGE EMILO SUAREZ VELANDIA 897
JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ 924
JOSUE HURTADO DUQUE Y OTROS 369,392,396
JOSE RESURRECCION OVALLE G. 78,115
JUANA VELASCO DE GRUESO 49

L

LA NACION 786
LIGIA SARMIENTO DE PEÑA 863,874
LINO JOSE PLATA SUAREZ 155,177
LLOREDA PROD. DE HIERRO Y ACERO S.A. 649
LUCY ISABEL CEBALLOS DE GOMEZ 900
LUIS ALBERTO GARCIA 208
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA 891
LUIS EDUARDO LOPEZ CARVAJAL Y OTRA 9, 20, 22
LUIS ENRIQUE GALLO OROZCO Y OTROS 42
LUIS FIDEL MORENO RUMIE 909

M

MACODYN S.A. 621
MANUAL ANTONIO CASTRO TOVAR 903
MARCO AURELIO CABEZAS 808,811
MARGOTH MOANACK DE AKL Y O. 55
MERCEDES ESTRADA MANTILLA Y OTRO 236
MONSANTO COLOMBIA INC. 811
MULTIFAMILIARES LTDA. 767

N

NORBERTO DUQUE NARANJO 438,450
NURY CUESTA ANGEL 637

O

OMAYRA GOMEZ HOYA Y OTROS 353
OTONIEL VARELA ARIAS 455

P

PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO 676
PRODUCTOS QUAKER S.A. 758
PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. 483

R

RAFAEL SERPA CAMPO Y OTROS 399
RUBEN ANTONIO BARRERA GONZALEZ 262,274

S

SANCHEZ PAREDES Y CIA. LTDA. 856
SIDERURGICA Y METALURGICA SIME S.A. 656
SOC. ARQUITECTOS LAGO Y SAENZ LTDA. 429
SOC. LOS TOPOS CONSTRUCCIONES LTDA. 251
SOCIEDAD BLANCO Y ROSALES LTDA 312
SOCIEDAD G. RODRIGUEZ Y CIA. 180
SOCIEDAD MINABA C.A. 184
SOCIEDAD PROCESAR LTDA. 493, 522

T

TERPEL DEL CENTRO 844

INDICE TEMATICO

SECCION TERCERA

A

ACCION 155
ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 474
ACCION DE REPARACION DIRECTA 614
ACCION DE REPARACION DIRECTA-Improcedencia 250
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 250,327
ACTO DE ADJUDICACION-Consecuencia 492
ACTO DE ADJUDICACION 250, 621, 525
ACTO DE ADJUDICACION-Consecuencias-Salvamento de Voto 522
ACTO SEPARABLE 474
ACUMULACION DE PROCESOS-Procedencia 609
ADJUDICACION 525
ADJUDICACION DE BALDIOS 155,327,339
ADJUDICACION DE BALDIOS-Salvamento de Voto 177
ADJUDICACION DE BALDIOS-Imporcedencia 327
ADMINISTRADOR DELEGADO 429
ALCALDE DISTRITAL-Facultades 117
ALLANAMIENTO 9
ALLANAMIENTO-Aclaración de Voto 20, 22

C

CADUCIDAD DEL CONTRATO 412
CADUCIDAD 327,454
CADUCIDAD-Término 614
CESION 117
CLAUSULA PENAL PECUNIARIA-Salvamento de Voto 522
CLAUSURA DE CADUCIDAD 412
COMPETENCIA CONTRACTUAL 429
COMPETENCIA TERRITORIAL 154
COMPETENCIA 293,621
COMUNERO 78
COMUNERO-Salvamento de Voto 115
COMUNIDAD 78
COMUNIDAD-Salvamento de Voto 115
CONDENA EN ABSTRACTO 180
CONDENA EN ABSTRACTO 22
CONDENA EN ABSTRACTO-Inexistencia 20
CONSEJO DE ESTADO-Funciones 188
CONSEJO DE ESTADO-Funciones-Aclaración de Voto 205
CONSULTA-Alcance 454
CONSULTA-Límites-Salvamento de Voto 450
CONTRATO ADICIONAL 483
CONTRATO ADMINISTRATIVO 412,429,483,425
CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL-Aclaración de Voto 234
CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL-Inexistencia 216
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO 117
CONTRATO DE DERECHO
PRIVADO DE LA ADMINISTRACION 293
CONTRATO POR ADMINISTRACION DELEGADA 429
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES 454, 474, 492
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Improcedencia
Salvamento de Voto 522
CORRECION MONETARIA 24,25

D

DAÑO EMERGENTE 438
DEMANDA-Interpretación 474
DEMANDA-Presentación 327
DICTAMEN PERICIAL 303
DICTAMEN PERICIAL-Objeción 303

E

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO 42
ERIQUECIMIENTO SIN CAUSA 483
EXIMENTOS DE RESPONSABILIDADES-Inexistencia 369
EXPOLTACION DE MINAS 208
EXPROPIACION 150,303

F

FALLA DEL SERVICIO 24
FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS 614
FALLA DE SERVICIO DE POLICIA 369
FALLA DE SERVICIO DE POLICIA-Decomiso 262
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA-Inexistencia 274
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA-Inexistencia
Salvamento de Voto 392
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO 236
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION 369
FALLA DEL SERVICIO DE REGISTRO
DE INSTRUMENTOS PUBLICOS 55
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO
Estacionamiento de Vehículo 130
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO-Violación Carnal 353
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Arma oficial 276, 277
FALLO INHIBITORIO 154

G

GOBERNADOR-Responsabilidades 412
GOBERNADOR-Responsabilidades-Salvamento de Voto 427

I

INCORA-Actos 154
INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES-Acciones 155
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES 155
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 353,438
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Actualización 398
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Finalidad 25
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Improcedencia 525

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Monto 493
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Monto-Salvamento de Voto 522
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Prueba-Aclaración de Voto 450
INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO 117

J

JURISDICCION ORDINARIA 42,293
JURSIDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 429

L

LEGITIMA DEFENSA 276
LEGITIMA DEFENSA-Improcedencia 130
LEGITIMACION POR ACTIVA 78
LEGITIMACION POR ACTIVA-Salvamento de Voto 115
LEY ESPECIAL 150
LICITACION PUBLICA-Irregularidad 525
LIQUIDACION DE CONDENA 9
LIQUIDACION DE CONDENA-Aclaración de Voto 20, 22
LIQUIDACION DE CONDENA-Actuación 24
LIQUIDACION DEL CONTRATO 311, 454
LITIS CONSORCIO NECESARIO 117
LUCRO CESANTE 353,438

M

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Facultades 208

N

NEXO CAUSAL 24
NULIDAD 621
NULIDAD ABSOLUTA 525

O

ORDENANZAS 293

P

PERITO 150
PERJUICIOS-Presunción 493
PERJUICIOS-Presunción - Salvamento de Voto 522
PERJUICIOS MATERIALES 24,262,398
PERJUICIOS MORALES 262,398
PERJUICIOS MORALES-Inexistencia -Salvamento de Voto 274
PERMISO 208
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO 9
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO-Aclaración de Voto 20,22
POLIZA DE CUMPLIMIENTO 493
POSESION 327
PRETENSION 155
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA 154
PRINCIPIO DE EFICACIA 184
PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA PRUEBA
Aclaración de Voto 450
PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Salvamento de Voto 177
PRINCIPIO DE VERACIDAD-Salvamento de Voto 177
PROCESO LICITARIO-Irregularidad 525
PROMULGACION 293
PRUEBA TRASLADADA 276

R

RECURSO DE APELACION 454
RECURSOS DE APELACION-Improcedencia 216
RECURSOS DE APELACION-Sustentación 184
REFORMATIO IN PEJUS 454
REQUERIMIENTO DE ARBITRIOS 188,205
REQUERIMIENTO DE ARBITRIOS-Aclaración de Voto 250
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA 130
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-Improcedencia 412
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-Procedencia
Salvamento de Voto 427
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 42
RESPONSABILIDAD PENAL-Diferencias 130
RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS 49,78,115
RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS
Salvamento de Voto 115, 150
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO 339

T

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO 311
TRANSITO DE LEGISLACION 303
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Integración 188
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Integración-Aclaración de Voto 205

V

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento 216

SECCION CUARTA

A

ACCION DE NULIDAD-Improcedencia 644
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 802
ACTO COMPLEJO 644,649
AMNISTIA TRIBUTARIA 745
ANTICIPO 719
APORTES PARAFISCALES 702,822
ASISTENCIA TECNICA 713

B

BASE GRAVABLE 686,881
BIEN PRIMARIO-Avena 758
BIEN PRIMARIO-Cebada 863

C

CADUCIDAD 767,802
CONTRATO DE SEGURO 786
COMPARACION DE PATRIMONIOS-Improcedencia 802
COMPROMISO DE APERTURA-Incumplimiento 648
CONTRIBUCION DE VALORIZACION-Trámite 790
COSTO 822
COSTO DIFERIDO 822
COSTO PRESUNTO-Reconocimiento 637

D

DECLARACION TRIBUTARIA-Modificación 723
DECLARACION TRIBUTARIA-Presentación 745
DECLARACION TRIBUTARIA-Valor probatorio 856
DEDUCCION 822
DEDUCCION-Improcedencia 713
DEMANDA 767
DEMANDA-Requisitos 723,782
DEMANDA-Ineptitud 736
DEMANDA-Interpretación 723
DEPARTAMENTO-Régimen Aplicable 851
DERECHO DE DEFENSA 844
DEROGATORIA TACITA 662
DEROGATORIA TACITA-Inexistencia 814
DESCUENTO TRIBUTARIO 662
DEVOLUCION 881
DEVOLUCION-Procedencia 770

E

ERROR ARITMETICO 719
EXPORTACIONES 656,814
EXTENCION TRIBUTARIA 814

F

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL 851
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 693,778
FOCINE-Facultades 676
FONDO DE GARANTIAS DE INSTIRUCIONES 876
FINANCIERAS 876
FUNCION PUBLICA 790

G

GRAVAMEN ARANCELARIO 669

H

HECHO IMPONIBLE 669,686

I

IMPUESTO A BILLETES DE LOTERIA 686
IMPUESTO A CINEMATROGRAFIA 676
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 723
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Exención 631
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Medellín 697
IMPUESTO DESCONTABLE 758,770
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO 723
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Exención 656
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 669,745,758,770,881
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS-Causación 863
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS-Devolución 729
INDUBIO CONTRA FISCUM 637
IRRECTROACTIVIDAD DE LA LEY 844

L

LEGITIMACION EN LA CAUSA 752
LEGITIMACION EN LA CAUSA-Salvamento de voto 756
LEY EN EL TIEMPO 631
LIQUIDACION DE REVISION-Término 822
LIQUIDACION PRIVADA-Modificación 723

M

MEDIO ILEGALES 839
MERCANCIA DE EXPORTACION 656

P

PAGO A TERCEROS-Rechazo 822
PARTES-Designación 723,782
PASIVO 856
PASIVO-Rechazo 802
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO-Representación 782
POLIZA 786
POTESTAD REGLAMENTARIA 676
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites 686
PRINCIPIO DE EFICACIA 723
PRINCIPIO DE LEGALIZACION 844
PRUEBA CONTABLE 856
PRUEBAS 856

R

RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY DE SANCION POR INEXACTITUD-Improcedencia 631
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Causales 839

S

SANCION POR LIBROS 770
SEGURO DE CUMPLIMIENTO 648
SENA-Aportes 702
SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedencia 736
SOCIEDAD EXTRANJERA-Sucursal 713
SUSPENSION PROVISIONAL 693
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia 808
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia-Salvamento de Voto 811
SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia 778,876
SUSTRACCION DE MATERIA-Improcedencia 863
SUSTRACCION DE MATERIA-Procedencia-Salvamento de Voto 874

T

TERMINO-Suspención 802
TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO 697
TITULO EJECUTIVO 786

V

VENTA EXENTA 758,863

SECCION QUINTA

A

ACCION ELECTORAL-Naturaleza 961
ACTO ELECTORAL 891
ALCALDE-Inhabilidades 935,953
AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA 896,918
AUTO INADMISORIO DE LA DEMANDA 900

C

CADUCIDAD 891
CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL 924
COMPETENCIA FUNCIONAL 896,961
CONCEJO-Inhibitorio 903, 962
CONTRATO 962

D

DEMANDA ELECTORAL 891
DEMANDA ELECTORAL-Requisitos 896,961
DOCUMENTO PUBLICO 935
DOCUMENTO PUBLICO-Valor probatorio 953

E

EMPLEADO OFICIAL 903
EXEPCION DE INEPTA DEMANDA 927

I

INSCRIPCION DE CEDULAS 924

N

NOTIFICACION 918
NOTIFICACION POR ESTRADOS 891
NULIDAD PROCESAL-Improcedencia 918

P

PERJUICIO-Prueba 961
PRESUPUESTO MUNICIPAL 896,961
PROCESO ELECTORAL 927
PRUEBAS-Conducencia 909
PRUEBAS-Omisión 968

R

RECURSO DE APELACION 900
RECURSO DE SUPLICA-Improcedencia 968

S

SANCION PENAL	935, 953,
SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia	903
SUSPENSION PROVISIONAL	953
SUSPENSION PROVISIONAL-Requisitos	961
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia	935,953

La Empresa Editorial
Universidad Nacional
realizó el diseño gráfico de este libro
Anales del Consejo de Estado
Tercer Trimestre de 1992 II Tomo
y terminó su impresión
en diciembre de 1995